

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS  
NELSON ROSENVALD



# CURSO DE DIREITO CIVIL

1

PARTE GERAL E LINDB

DÉCIMA TERCEIRA EDIÇÃO  
REVISTA, AMPLIADA E ATUALIZADA

atlas

# CURSO DE DIREITO CIVIL

Para alguns livros é disponibilizado Material  
Complementar e/ou de Apoio no site da editora.  
Verifique se há material disponível para este livro em

[atlas.com.br](http://atlas.com.br)

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS  
NELSON ROSENVALD

# CURSO DE DIREITO CIVIL

PARTE GERAL E LINDB

VOLUME 1

13ª EDIÇÃO REVISTA, AMPLIADA E ATUALIZADA

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. - 2015

© 2014 by Editora Atlas S.A.

As doze primeiras edições deste livro foram publicadas  
pela Editora JusPodivm; 13. ed. 2015



Capa: Leonardo Hermano

Imagem da capa: *A árvore da vida*, de Gustav Klimt

Projeto gráfico e composição: Set-up Time Artes Gráficas

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Farias, Cristiano Chaves de  
Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1 / Cristiano Chaves  
de Farias, Nelson Rosendal. – 13. ed. rev., ampl. e atual. –  
São Paulo: Atlas, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-9443-9

ISBN 978-85-224-9454-5 (PDF)

1. Direito civil 2. Direito civil – Brasil  
I. Rosendal, Nelson. II. Título.

14.10696

CDU-347(81)

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Direito civil 347(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total  
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos  
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184  
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,  
de 14 de dezembro de 2004.



Editora Atlas S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384

Campos Elísios

01203 904 São Paulo SP

011 3357 9144

atlas.com.br

## **CRISTIANO CHAVES DE FARIAS**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Ciências da Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador – UCSal. Professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS ([www.cers.com.br](http://www.cers.com.br)). Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

## **NELSON ROSENVALD**

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre – Itália. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor de Direito Civil no Complexo Damásio de Jesus (SP/SAT). Professor de Direito Civil no Programa de Pós-Graduação da Faculdade Milton Campos (BH). Membro Fundador do Instituto de Direito Privado – IDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.



*“Nenhum conhecimento nos ajudará se perdermos a capacidade de nos comover com a desgraça de outro ser humano, com o olhar amável de outro ser humano, com o canto de um pássaro, com o verde de um jardim. Se o homem se faz indiferente à vida, não há nenhuma esperança de que possa fazer o bem.”*

(ERICH FROMM. *El corazón del hombre*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992 – tradução livre)

*“Fé na vida, fé no homem, fé no que virá, nós podemos tudo, nós podemos mais, vamos lá fazer o que será.”*

(Semente do amanhã,  
de LUIZ GONZAGA JÚNIOR)





*“Tudo o que você pode fazer ou sonhar você alcançará.*

*Sendo assim, mãos à obra.”*

(GOETHE)

Dedico este livro, como um preito de gratidão eterna, a quem me permite sonhar e fazer:

Às minhas pacientes e amorosas pequena (Gabriela, Felipe, João Gabriel e Pedro Henrique) e grande família (José Lúcio, Joana Angélica, Luciano, Fabiano, Thania Karina, Manuela, Sebastião, Fátima, Zélia, Marcus Vinícius e Graciele), que, suportando minha ausência (não raro, apesar da presença), me fazem sentir amado e seguro para fazer o bem, ancorado na brisa suave do amor Divino, acreditando ser possível um mundo melhor (*“hoje sou feliz e canto, só por causa de vocês; hoje sou feliz, feliz, e canto só porque amo, amor, vocês”* – IVETE SANGALO, *Beleza rara*, de HENRIQUE CUNHA).

Aos meus queridos alunos, que me ensinam muito mais do que aprendem e me permitem continuar acreditando que o amanhã será um lindo dia (*“da mais louca alegria que se possa imaginar!”* – CAETANO VELOSO, *Amanhã*, de GUILHERME ARANTES).

A quem não vejo, mais sinto, todos os dias e todas as horas, eternamente e para sempre, com muito amor (*“mas ninguém pode dizer que me viu triste a chorar, saudade o meu remédio é cantar...”* – LUIZ GONZAGA, *Que nem jiló*, de LUIZ GONZAGA e HUMBERTO TEIXEIRA).

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS



*“O tempo muito nos ensinou. Ensinou a amar a vida, não desistir da luta, recomeçar na derrota, renunciar as palavras e pensamento negativo, enfim, acreditar nos valores humanos.*

*Ser otimista!!!”*

(CORA CORALINA)

*“Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda.”*

(CECÍLIA MEIRELES)

Dedico este trabalho a todos que alimentam o meu sonho de liberdade:

Aos meus aguerridos alunos, fonte inesgotável de energia e renovação  
(*“Leva-se muito, e muito tempo para ser jovem”* – PABLO PICASSO);

A Wanessa e Hanna. Vocês representam tudo do pouco que sou (*“nada existe de grandioso sem paixão...”* – HEGEL).

NELSON ROSENVALD



# SUMÁRIO



*Palavras Prévias 13ª edição, xxv*

*Prefácio, xxxi*

*Apresentação, xxxv*

## **I Introdução ao Direito Civil, 1**

- 1 Noções conceituais sobre o direito, 3
- 2 Acepções da palavra *direito*, 5
  - 2.1 Noções gerais, 5
  - 2.2 Direito objetivo e direito subjetivo, 5
  - 2.3 Direito potestativo, 8
  - 2.4 Direito positivo (e pós-positivismo jurídico) e o direito consuetudinário, 10
  - 2.5 Direito natural, 11
- 3 Instrumentos de controle social, 12
- 4 Divisão do direito (clivagem entre o público e o privado), 13
- 5 O problema da unificação do direito privado e a codificação no direito civil brasileiro, 16
- 6 O Código Civil de 2002 e os seus paradigmas (os valores da codificação brasileira), 21
  - 6.1 Os paradigmas (ou diretrizes) do Código Civil de 2002, 21
  - 6.2 A socialidade, 21
  - 6.3 A eticidade, 24
  - 6.4 A operabilidade ou concretude, 27
- 7 Conceito (constitucionalizado) de direito civil e a sua sistematização, 29
- 8 O direito civil constitucional (a constitucionalização do direito civil), 32
- 9 A aplicação dos direitos fundamentais (constitucionais) nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), 41
- 10 A aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações de direito civil (eficácia supralegal das convenções internacionais ou convencionalização do direito civil), 45
- 11 A eficácia dos direitos sociais nas relações privadas, 48
- 12 O diálogo das fontes como mecanismo de aplicação das normas de direito privado, 50
- 13 Princípios do direito civil e as suas tendências contemporâneas, 53
  - 13.1 A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios, 53
  - 13.2 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras, 56
  - 13.3 Os princípios e a técnica de ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no direito civil, 58
  - 13.4 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos), 62
- 14 Os princípios do direito civil e as suas tendências contemporâneas, 70

## **II A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, 75**

- 1 Noções gerais, 77
- 2 As fontes do direito, 79
  - 2.1 Considerações introdutórias, 79
  - 2.2 Fontes materiais, formais e não formais, 79



- 2.3 Fontes imediatas e mediatas, 81
- 3 Interpretação das normas, 84
- 4 Integração das normas, 88
- 5 Vigência das normas, 96
- 6 A obrigatoriedade das normas, 103
- 7 A eficácia das leis no tempo, 105
- 8 Eficácia das leis no espaço, 112
  - 8.1 A aplicação da lei estrangeira e o princípio da territorialidade mitigada, 112
  - 8.2 O respeito à ordem pública como filtro para a admissão da lei estrangeira no território nacional, 115
  - 8.3 A aplicação da sentença ou laudo arbitral estrangeiro e o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, 116
  - 8.4 Prova dos fatos ocorridos no exterior, 121
  - 8.5 O Direito das Famílias e a sua aplicação no espaço (Direito Internacional das Famílias), 122

### III A Personalidade Jurídica e os Direitos da Personalidade, 125

- 1 A dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, 127
- 2 A pessoa, 132
  - 2.1 Generalidades, 132
  - 2.2 Espécies de pessoas, 133
- 3 A Personalidade jurídica, 134
- 4 Os direitos da personalidade, 137
  - 4.1 Breve esboço histórico, 137
  - 4.2 Noções conceituais: das velhas definições ao dogma fundamental do direito civil-constitucional, 138
  - 4.3 Fontes, 140
  - 4.4 Características, 142
  - 4.5 As liberdades públicas e os direitos da personalidade, 146
  - 4.6 A possibilidade de colisão entre os direitos da personalidade e a *liberdade de imprensa* ou a *liberdade de expressão* e o critério de solução adequado (inadmissibilidade do *hate speech*), 147
  - 4.7 A liberdade de expressão, os direitos da personalidade e as biografias não autorizadas, 152
  - 4.8 O direito (da personalidade) ao esquecimento e a liberdade de imprensa, 154
  - 4.9 A proteção dos direitos da personalidade e a insuficiência dos argumentos clássicos: a tutela avançada (preventiva e repressiva) dos direitos da personalidade, 160
  - 4.10 A proteção da personalidade da pessoa morta e os lesados indiretos, 168
  - 4.11 Classificação dos direitos da personalidade, 171
    - 4.11.1 Noções gerais, 171
    - 4.11.2 Cláusula geral de proteção da personalidade: o direito à vida (digna) como pressuposto dos direitos da personalidade, 172
    - 4.11.3 Direito à integridade física, 174
    - 4.11.4 Direito à integridade psíquica (moral), 201
    - 4.11.5 Direito à integridade intelectual, 224
- 5 O nome civil, 239

- 5.1 Noções conceituais e características, 239
- 5.2 Elementos componentes do nome civil, 241
- 5.3 O princípio da inalterabilidade relativa e as hipóteses de alteração do nome civil, 243
- 5.4 Hipóteses controvertidas de mudança do nome civil, 248
- 5.5 O nome comercial, 251
- 5.6 A tutela jurídica do nome civil, 252

#### IV A Pessoa Natural, 255

- 1 Noções conceituais sobre a pessoa natural, 257
- 2 O início da pessoa natural, 259
- 3 O tratamento jurídico do nascituro, 260
- 4 Possibilidade de responsabilidade civil da gestante por condutas prejudiciais ao nascituro durante a gravidez?, 267
- 5 O tratamento jurídico do embrião laboratorial (*in vitro*), 269
- 6 A capacidade civil: a capacidade de fato (ou de exercício), a capacidade de direito (ou de gozo) e a teoria das incapacidades, 271
  - 6.1 Noções gerais sobre a capacidade jurídica, 271
  - 6.2 A distinção entre a capacidade jurídica e a legitimação, 272
  - 6.3 A capacidade de direito e a capacidade de fato, 272
  - 6.4 A teoria das incapacidades, 273
  - 6.5 O reconhecimento das incapacidades e a ação de interdição (curatela dos interditos), 284
    - 6.5.1 As incapacidades e a proteção da dignidade humana do interditando (a interdição em visão civil-constitucional), 284
    - 6.5.2 A ação de interdição (curatela dos interditos), 288
    - 6.5.3 A validade dos atos praticados pelo incapaz antes da decisão de interdição, 296
  - 6.6 Crítica ao sistema de incapacidades do Código Civil, 296
- 7 A cessação da incapacidade e a emancipação, 297
- 8 O estado civil da pessoa natural, 303
- 9 A extinção da pessoa natural: a morte, 305
  - 9.1 Noções gerais, 305
  - 9.2 A morte real como regra geral do sistema jurídico brasileiro, 307
  - 9.3 A morte real sem cadáver (a morte presumida sem a declaração de ausência), 308
  - 9.4 O direito à morte digna e o testamento vital (diretivas antecipadas ou *living will*), 309
  - 9.5 A comoriência, 315
  - 9.6 A ausência como presunção de morte e a sua declaração judicial, 317
- 10 Domicílio da pessoa natural (foro), 324

#### V A Pessoa Jurídica, 329

- 1 Noções preliminares: do reconhecimento da personalidade jurídica a agrupamentos humanos à função social da empresa (a pessoa jurídica na visão civil-constitucional), 331
- 2 Escorço histórico, 335
- 3 Conceito e elementos caracterizadores, 336

- 4 Características, 337
- 5 Natureza jurídica, 339
- 6 Classificação, 340
  - 6.1 Quanto à nacionalidade, 340
  - 6.2 Quanto à estrutura interna, 341
  - 6.3 Quanto às funções exercidas, 354
- 7 Começo da existência da pessoa jurídica, 358
- 8 Grupos despersonalizados (ou entes despersonalizados), 360
- 9 Capacidade e direitos da personalidade da pessoa jurídica, 363
- 10 Domicílio, 366
- 11 Responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica, 368
  - 11.1 Noções gerais e teoria da aparência, 368
  - 11.2 Responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, 370
  - 11.3 Responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado, 380
  - 11.4 Responsabilidade penal da pessoa jurídica, 382
- 12 Modificação da pessoa jurídica, 384
- 13 Extinção da pessoa jurídica, 385
- 14 Desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), 387
  - 14.1 Noções conceituais e fundamento, 387
  - 14.2 Breve referência histórica, 390
  - 14.3 Noções conceituais, 391
  - 14.4 As teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica, 392
  - 14.5 Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, 395
  - 14.6 A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, 397
  - 14.7 Desconsideração inversa, 400
  - 14.8 O caráter episódico do *disregard doctrine*, 401
  - 14.9 A desconsideração e as *offshore companies*, 401
  - 14.10 Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, 402
  - 14.11 Desconsideração da personalidade jurídica e os atos *ultra vires*, 404
  - 14.12 A desconsideração expansiva da personalidade jurídica, 405
  - 14.13 Aplicação da teoria do *disregard* no Direito das Famílias, 406
  - 14.14 Aplicação da teoria do *disregard* no Direito das Sucessões, 408
  - 14.15 Aplicação da teoria do *disregard* no âmbito do Direito do Trabalho, 408
  - 14.16 Aplicação da teoria do *disregard* no âmbito da Administração Pública, 410
  - 14.17 Desconsideração e a declaração de indisponibilidade de bens na liquidação extrajudicial de instituições financeiras, 412
  - 14.18 Subcapitalização e desconsideração da personalidade jurídica, 412
  - 14.19 Desconsideração indireta da personalidade jurídica, 413

## VI Os Bens Jurídicos, 415

- 1 Considerações gerais: o objeto das relações jurídicas, 417
- 2 Bem e coisa: divergências e aproximações, 421
- 3 Patrimônio jurídico, 423
- 4 Teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana, 425
- 5 Classificação, 428
  - 5.1 Generalidades, 428
  - 5.2 Bens corpóreos e incorpóreos, 429
  - 5.3 Bens móveis e imóveis, 430

- 5.4 Bens fungíveis e infungíveis, 433
- 5.5 Bens consumíveis e inconsumíveis, 434
- 5.6 Bens divisíveis e indivisíveis, 435
- 5.7 Bens singulares e coletivos, 436
- 5.8 Bens principais e acessórios, 437
- 5.9 Bens públicos e privados, 444
- 5.10 Bens no comércio e fora do comércio, 446
- 6 O bem de família, 449
  - 6.1 O bem de família consubstanciando a teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana (direito ao mínimo existencial), 449
  - 6.2 O bem de família no direito brasileiro, 450
    - 6.2.1 A dualidade de regimes, 450
    - 6.2.2 O valor família, 452
    - 6.2.3 Natureza jurídica do bem de família, 453
  - 6.3 O bem de família convencional, 453
    - 6.3.1 Noções conceituais, 453
    - 6.3.2 Extensão da proteção, 455
    - 6.3.3 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família voluntário, 456
    - 6.3.4 Legitimação para a instituição do bem de família convencional, 456
    - 6.3.5 Duração, 457
    - 6.3.6 A questão da solvência do instituidor, 457
    - 6.3.7 O Ministério Público e o bem de família, 457
  - 6.4 O bem de família legal, 458
    - 6.4.1 Noções conceituais e a proteção do bem de menor valor, 458
    - 6.4.2 Alargamento do objeto, 459
    - 6.4.3 Constitucionalidade do regime legal do bem de família, 463
    - 6.4.4 Característica do bem de família legal, 464
    - 6.4.5 A extensão da impenhorabilidade somente aos bens de valor médio necessários a uma vida digna. A (im)possibilidade de penhora do imóvel único de elevado valor, 464
    - 6.4.6 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal, 470
    - 6.4.7 Retroatividade, 475
    - 6.4.8 Ampla compreensão do núcleo familiar e a (des)necessidade de fixação de residência efetiva, 475
    - 6.4.9 Alegação no processo, 477
  - 6.5 Redefinindo o bem de família legal: o bem da pessoa humana como expressão de seu patrimônio mínimo (o bem de família da pessoa sozinha), 479

## **VII Teoria Geral dos Fatos Jurídicos, 483**

- 1 Considerações preliminares, 485
- 2 Distinção entre fato jurídico e fato material (ajurídico) e a lógica do mundo jurídico, 486
- 3 Definição do fato jurídico, 487
- 4 Classificação dos fatos jurídicos, 488
- 5 Os diferentes planos do mundo jurídico, 490
- 6 Consequências dos fatos jurídicos, 492

- 6.1 Generalidades, 492
- 6.2 Aquisição de direitos, 492
- 6.3 Modificação dos direitos, 493
- 6.4 Defesa dos direitos, 494
- 6.5 Extinção dos direitos, 494
- 7 Fato jurídico em sentido estrito, 495
- 8 Ato-fato jurídico, 496
- 9 Ato jurídico, 497
- 10 Negócio jurídico, 500
  - 10.1 Noções gerais, 500
  - 10.2 Definição, 501
  - 10.3 Características e breve esboço evolutivo, 502
  - 10.4 Classificação, 505
  - 10.5 Regras de interpretação, 508
  - 10.6 Diferentes planos (dimensões) do negócio jurídico, 511
  - 10.7 Plano da existência e seus pressupostos (elementos de existência), 512
  - 10.8 Plano da validade e seus requisitos: a invalidade (nulidade e anulabilidade) do negócio jurídico, 513
    - 10.8.1 Considerações gerais sobre o plano da validade, 513
    - 10.8.2 Os requisitos da validade, 514
    - 10.8.3 A representação no negócio jurídico, 515
    - 10.8.4 A invalidade do negócio jurídico, 524
    - 10.8.5 Conversão substancial do negócio jurídico, 531
    - 10.8.6 A simulação, 534
  - 10.9 Plano da eficácia e seus fatores, 538
    - 10.9.1 Generalidades, 538
    - 10.9.2 Condição, 539
    - 10.9.3 Termo, 541
    - 10.9.4 Modo ou encargo, 542
  - 10.10 Defeitos do negócio jurídico, 543
    - 10.10.1 Generalidades, 543
    - 10.10.2 Erro ou ignorância, 543
    - 10.10.3 Dolo, 547
    - 10.10.4 Coação, 549
    - 10.10.5 Lesão, 552
    - 10.10.6 Estado de perigo, 557
    - 10.10.7 Fraude contra credores ou fraude pauliana, 560
  - 10.11 O negócio jurídico e a proteção do terceiro de boa-fé, 572
- 11 O fato ilícito, 573
  - 11.1 Advertência prévia, 573
  - 11.2 Noções conceituais, 575
  - 11.3 Efeitos jurídicos decorrentes da ilicitude, 576
  - 11.4 Tutela preventiva e tutela reparatoria da ilicitude, 577
  - 11.5 Excludentes de ilicitude, 579
- 12 O abuso do direito, 580
  - 12.1 Noções introdutórias e referências históricas, 580

- 12.2 O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva, 583
- 12.3 Reconhecimento e efeitos do abuso de direito, 586
- 12.4 O abuso de direito e o Código Civil (art. 187), 587
- 12.5 Modalidades específicas de atos abusivos (figuras parcelares do abuso do direito), 591
  - 12.5.1 Generalidades, 591
  - 12.5.2 A proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), 592
  - 12.5.3 A *supressio* (*Verwirkung*) e a *surrectio* (*Erwirkung*), 596
  - 12.5.4 O *tu quoque*, 600
  - 12.5.5 O *duty to mitigate the loss* (o dever do credor de mitigar as próprias perdas), 602
  - 12.5.6 O substancial *performance* (a tese do inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial), 604
  - 12.5.7 A violação positiva de contrato (tese do adimplemento fraco ou ruim), 606
- 12.6 O abuso de direito em concreto (aplicação prática), 610

## **VIII Prescrição e Decadência, 613**

- 1 Generalidades, 615
- 2 A prescrição, 617
  - 2.1 Noções conceituais, 617
  - 2.2 Natureza da prescrição e a possibilidade de renúncia, 620
  - 2.3 A questão da *actio nata* e o início da contagem dos prazos prescricionais, 622
  - 2.4 As causas suspensivas e impeditivas da prescrição, 623
  - 2.5 As causas interruptivas da prescrição, 626
  - 2.6 Alegação de prescrição, 629
  - 2.7 Prescrição, pretensão, ação e exceção, 634
  - 2.8 Prescrição intercorrente, 636
  - 2.9 Prazos prescricionais, 637
  - 2.10 Prescrição em matéria tributária, 639
  - 2.11 A prescrição em sede de direito administrativo, 640
  - 2.12 A prescrição na tutela jurisdicional coletiva (ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa), 642
- 3 A Decadência, 644
  - 3.1 Noções gerais, 644
  - 3.2 Espécies de decadência, 646
  - 3.3 Alegação da decadência, 647
- 4 Distinção entre prescrição e decadência, 648
- 5 Prescrição e decadência e o direito intertemporal, 652
- 6 Alguns prazos de prescrição e de decadência, 654

## **IX A Prova do Negócio Jurídico (A Prova Civil e as suas Dimensões), 657**

- 1 Escorço histórico e importância, 659
- 2 Noções conceituais, 660
- 3 Prova e verdade: reminiscências imprescindíveis, 662
- 4 Direito constitucional à prova civil, 664

- 5 Natureza jurídica das leis referentes à prova: a combinação das regras do Código Civil com o Código de Processo Civil, 665
- 6 O objeto da prova, 667
- 7 O ônus da prova, 669
  - 7.1 Generalidades e a teoria da carga probatória dinâmica, 669
  - 7.2 O ônus da prova como regra de julgamento, 671
  - 7.3 O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, 671
- 8 A admissibilidade da prova emprestada, 674
- 9 O juiz e a atividade probatória (os poderes do juiz na produção de provas), 676
- 10 A prova do direito estrangeiro quando admitida a sua aplicação, 678
- 11 A questão da prova ilícita à luz da técnica de ponderação dos valores constitucionais, 679
- 12 Licitude da gravação de conversa por um dos interlocutores, 683
- 13 A interceptação telefônica e a sua excepcional admissibilidade em sede civil, 684
- 14 Possibilidade de requisição de documentos e informações resguardadas por sigilo legal à Receita Federal, ao Banco Central do Brasil e às instituições bancárias, 686
- 15 A revelia e a prova, 687
- 16 A confissão, 688
  - 16.1 Generalidades, 688
  - 16.2 Natureza jurídica (a confissão como um ato jurídico em sentido estrito: sepultando a polêmica sobre o assunto), 689
  - 16.3 A anulabilidade da confissão, 690
  - 16.4 A confissão realizada por quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados, 691
  - 16.5 A possibilidade de confissão pelo representante da parte, 691
  - 16.6 Não vinculação do magistrado à confissão, 692
- 17 Prova documental, 692
  - 17.1 Generalidades e uma nova concepção de prova documental, admitidos os documentos eletrônicos, 692
  - 17.2 Documento público, 695
  - 17.3 O documento particular, 696
  - 17.4 O telegrama e sua força probatória, 698
  - 17.5 Prova através de cópia fotográfica de documento e necessidade de autenticação oficial, 699
  - 17.6 Cópias produzidas através de fac-símile (fax) ou qualquer meio semelhante, 700
  - 17.7 Ausência do título de crédito ou do documento original e impossibilidade de suprimento de prova, 701
  - 17.8 Uso obrigatório do vernáculo nos documentos e as regras do Mercosul, 702
  - 17.9 Prova documental através de reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e reproduções mecânicas e a admissibilidade de fotografias digitais, 703
  - 17.10 Admissibilidade do documento eletrônico como prova documental, 705
  - 17.11 Livros e fichas dos empresários e empresas, 705
- 18 Prova pericial, 706
  - 18.1 Generalidades, 706
  - 18.2 Possibilidade de recusa à perícia médica, 708

- 18.3 Perícia médica necessária e a não aproveitabilidade da recusa em submeter-se à perícia, 709
- 18.4 Inaplicabilidade da regra legal a casos específicos de justificada recusa ao exame médico (homenagem ao princípio da proporcionalidade), 710
- 18.5 A presunção judicial gerada pela recusa e a inutilidade do art. 232 do Código Civil, 712
- 19 Prova testemunhal, 714
  - 19.1 Noções gerais, 714
  - 19.2 Admissibilidade da prova testemunhal, 715
  - 19.3 O direito ao silêncio da testemunha e das próprias partes, 717
  - 19.4 A produção de prova testemunhal por meios eletrônicos, 718
  - 19.5 Depoimento de uma única testemunha como meio de prova, 718
  - 19.6 Condições de admissibilidade das testemunhas, 719
  - 19.7 A possibilidade de escusa legítima do dever de prestar testemunho, 724

*Referências*, 731





PALAVRAS PRÉVIAS  
13ª EDIÇÃO

*“Sacudir estrelas, despertar desejo  
Numa noite fria, uma noite fria, uma noite fria  
Lá no meio da rua, lá de longe eu vejo  
**Minas com Bahia** e o samba ia, juro que ia...  
Sacudir o mundo, procurar no fundo  
O que leva um dia, até o outro dia.”*

(DANIELA MERCURY e SAMUEL ROSA,  
*Minas com Bahia*, de CHICO AMARAL)

*“Minas do clube da esquina  
Minas de Belô  
Minas das meninas  
Minas de amor  
Bahia das serpentinhas  
Bahia do Pelô  
Bahia das colombinas  
Bahia dos pierrôs  
Veja que coisa mais linda  
O show já começou  
Veja que belo horizonte  
Que se vê em Salvador  
Veja que felicidade nos olhos da cidade  
**Minas hoje é Bahia.**”*

(JAMMIL E UMA NOITES, *Axé Minas*, de MANNO GÓES)

É chegado um especial momento para nós: apresentar mais uma edição de nosso *Curso de Direito Civil*, agora a 13ª edição do volume dedicado à *Teoria Geral do Direito Civil*.

Doravante, a obra ganha outros ares, alçando novos voos, sendo publicada, a partir de agora, pelo selo da *Editora Atlas*, reconhecida pela qualidade de suas publicações e pelo esmero na editoração.

A nossa felicidade é grande com o êxito da obra.

Por isso, o nosso sincero agradecimento aos leitores, professores e alunos, estudantes que se preparam para os concursos públicos, advogados, Defensores Públicos, magistrados e aos colegas de Ministério Público!

Estamos honrados por conseguir frutificar a inabalável fé que depositamos no que escrevemos, propondo ideias para solucionar problemas reais de nosso cotidiano, a partir do respeito à pessoa humana. Vem à nossa mente, de forma propícia, uma passagem da bela e inesquecível película *Como água para chocolate*,<sup>1</sup> que se encaixa como luva neste momento: procuramos depositar amor no que escrevemos e nas posições aqui defendidas, crendo, firmemente, na possibilidade de melhorar o mundo em que vivemos, através da colaboração de cada um.

Até porque, como bem percebe ISABEL ALLENDE (*Meu país inventado*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 13), é quase impossível escrever, ocupar-se de um tema, sem cair em sentimentalismos. O nosso sentimento é tomado pela certeza de que através da literatura jurídica é possível, sim, construir um mundo melhor. Exatamente por isso, eventualmente cedemos à tentação de defender (a partir do paradigma constitucional) posições avançadas e futuristas (talvez, utópicas), buscando uma ciência mais igualitária e marcada por justiça social.

Todavia, pode o leitor ter a mais absoluta convicção de que, após a apresentação de ideias progressistas, não tardará o retorno à abordagem do tema tratado, com a fluidez e a objetividade necessárias à exposição e à compreensão da matéria, não ignorando nenhum dos aspectos fundamentais e dogmáticos dos institutos jurídicos que compõem a *Teoria Geral do Direito Civil*.

Pois bem, respeitando o império do tempo (que, aliás, apresenta-se com elevada importância no campo da ciência do Direito), revisamos, atualizamos e ampliamos o livro para a publicação desta 13ª edição.

---

<sup>1</sup> *Como água para chocolate* é um drama mexicano, de 1992, dirigido por Alfonso Arau. O roteiro foi escrito por Laura Esquivel, baseado em um romance homônimo. O sucesso do filme fez com que a *Revista Somos*, do México, incluísse *Como água para chocolate* na lista dos cem melhores filmes de todos os tempos do cinema mexicano. Em síntese apertada, narra-se a história da jovem Tita, que nasceu na cozinha da casa da família. Logo em seguida, o pai faleceu ao ter a sua paternidade questionada. Tita, então, tornou-se vítima de uma tradição local, estabelecendo que a filha mais nova não poderia casar para cuidar da mãe até a sua morte. Tempos depois, Tita se apaixona por Pedro, que corresponde e quer casar com ela, mas a mãe proíbe o casamento, sugerindo que ele se case com Rosaura, a irmã dois anos mais velha de Tita. O rapaz aceita por ser a única maneira de se manter perto de Tita. Entre nós, o filme venceu o famoso *Festival de Gramado*, em 1993, nas categorias melhor atriz e melhor atriz coadjuvante, além de ter sido escolhido como melhor filme pelo júri popular.

Revisamos erros pontuais e episódicos que foram localizados, de forma e de substância. Inclusive agradecemos, sinceramente, aos leitores que, gentilmente, comunicaram a localização deles.

A outro giro, atualizamos a obra. Todas as modificações normativas do período foram incluídas e todo o texto foi harmonizado com essas mais recentes modificações, bem como seguindo a orientação emanada dos tribunais superiores, apresentando, assim, a mais atual jurisprudência em Direito Civil.

Também ampliamos o livro para incluir tópicos decorrentes de novas teses jurídicas esgrimidas pela doutrina, deixando-o absolutamente completo.

Mantendo o norte de nosso trabalho literário, o livro continua firmemente balizado por uma compreensão do Direito Civil à luz das garantias e valores constitucionais, procurando, assim, atualizar a matéria e, ao mesmo tempo, conferir lógica e coerência ao sistema. Tudo isso, sem olvidar a possibilidade de alcançar uma sociedade mais justa e equilibrada através da afirmação da cidadania – tônica da norma constitucional.

É o ideário deste livro, que pretende colaborar para um Direito Civil mais humanitário e verdadeiro.

Nesta 13ª edição, portanto, a obra se apresenta mais completa e absolutamente atualizada, procurando acompanhar a curva do rio do tempo e singrar as águas que a doutrina e a jurisprudência (re)visitam, modificam e renovam. Bem por isso, todos os capítulos foram rigorosamente atualizados. A outro giro, acrescentamos tópicos de grande relevância contemporânea, bem como referências doutrinárias emanadas de publicações recentes.

De qualquer sorte, a estrutura da obra, embora revisada, ampliada e atualizada, é – e sempre será – a mesma: uma obra propondo uma compreensão facilitada e simplificada do ramo da ciência jurídica mais cotidiano e próximo da pessoa humana, do cidadão comum, a partir dos referenciais e valores constitucionais – a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e erradicação da pobreza, a igualdade substancial e a liberdade. Por isso, a obra trata a teoria da maneira mais próxima possível da realidade de viva, pulsante, da sociedade brasileira. Por isso, os exemplos são pinçados da “*vida como ela é*” (na linguagem do saudoso NELSON RODRIGUES), com o propósito de permitir a melhor absorção da teoria.

Repita-se à exaustão: continua a ser obedecida, como rígida linha de orientação, uma compreensão do Direito Civil a partir da norma constitucional. O livro procura, pois, estabelecer uma afirmação constitucionalizada dos institutos civilistas fundamentais, atacadados em princípios inderrogáveis, promotores da *dignidade da pessoa humana*.

Aliás, não é demais sublinhar que o Direito Civil desse compêndio é aquele voltado, antes de tudo, para a pessoa humana em sua dimensão mais importante: *a da existência digna, a da vida que se inicia e que se encerra tendo por horizonte a vivência dos afetos e da felicidade*. É o Direito Civil, portanto, que necessita acompanhar e traduzir as mudanças que o fio da história, em seu prosseguir incessante, opera nos temas relacionados à pessoa (natural e jurídica), aos bens, aos fatos, atos e negócios jurídicos, às leis e à própria

ciência do Direito. Modificações cujo tratamento, disciplina normativa e interpretação exigem um tratamento de modo a garantir ao homem o mais amplo desenvolvimento de sua personalidade e a mais efetiva concretização dos seus direitos.

Desejamos, sinceramente, que a obra transmita esse novo Direito Civil, entrecortado pelos princípios constitucionais que asseguram a cidadania, deflagrando incansável combate contra tudo que pode gerar o aniquilamento da raça humana ou a negação de sua dignidade. Enfim, uma nova ciência, preocupada, como pensou um grande poeta mineiro, em ir “*aonde o povo está*” para solucionar os problemas que assolam o nosso cotidiano social. Até porque, fazendo o bem pelo semelhante, estaremos mais perto de Deus.

Por derradeiro, lembrando que a maior virtude que se pode ter é a gratidão, imprescindível pontuar agradecimentos a *Priscylla Mariz*, *Patrícia Vilas Boas* e *George Vilas Boas*, que, cuidadosa e eficientemente, colaboram cuidando de nossas atividades e compromissos. E, igualmente relevante, o agradecimento aos amigos *Ruy João Ribeiro Júnior* e *Silvana Deiró*, cuja convivência cotidiana é inspiradora.

Outrossim, expressamente, agradecemos a ajuda do Prof. *Carlos Eduardo S. de Almeida (RJ)*, cujas críticas e sugestões foram fundamentais para esta nova edição, tendo sido incorporadas em sua plenitude. Por igual, aos Professores *Salomão Resedá (BA)*, *Lara Soares (BA)*, *Alerrandro Vilalva (BA)*, *Fernanda Barretto (BA)*, *Karla Kruschewsky (BA)*, *Pedro Lino de Carvalho Júnior (BA)*, *Rodrigo Moraes (BA)*, *Aurisvaldo Sampaio (BA)*, *Thiago Borges (BA)* e *Thiago Felipe Vargas Simões (ES)*, pelo cuidado e criatividade de suas observações, inclusive musicais.

Para além de tudo isso, um especial agradecimento à competente *Professora Roberta Densa*, da Editora Atlas, pela eficiência, compromisso e cuidado na publicação de nossos livros.

Ao leitor, esperamos propiciar agradável leitura, aguardando as eventuais críticas e sugestões, que tanto nos permitem aprimorar o livro. Aliás, a nossa obra é fruto da colaboração permanente dos leitores. Até porque, como dizia o sempre lembrado GONZAGUINHA, “*toda pessoa sempre é a marca das lições diárias de outras tantas pessoas*”.

Com muito carinho e o desejo de lhe fazer feliz com esta leitura.

Praia do Forte, Bahia/Belo Horizonte, Minas Gerais, durante os preparativos para o réveillon de 2014 para 2015.

**Cristiano Chaves de Farias**  
*cristianofarias@uol.com.br*

**Nelson Rosenvald**  
*saisine@terra.com.br*



## PREFÁCIO



*“A gente vai contra a corrente  
Até não poder resistir  
Na volta do barco é que sente  
O quanto deixou de cumprir  
Faz tempo que a gente cultiva  
A mais linda roseira que há...”*

*(Roda viva,*  
de CHICO BUARQUE DE HOLLANDA)

Singrando contra as correntezas do ensino jurídico clássico, dogmático e indolente, aporta a nova edição deste exemplar trabalho, de autoria dos Professores e representantes do Ministério Público brasileiro, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, no horizonte do Direito Civil brasileiro.

Obedientes ao clamor de CHICO BUARQUE, os autores navegam pelas águas por muitas vezes tormentosas e incertas da teoria crítica do Direito Civil, perpassando pela necessária releitura dos institutos tradicionais através das lentes emancipatórias da Carta Constitucional de 1988.

É com esse espírito que procedem prodigiosa análise do novo Código Civil e de projetos de lei que propõem alterações àquele. Nesse influxo, de modo laudável, os autores adotam o caminho da crítica temperada ao Novo Código que recolhe seus frutos, mas, entretanto, não revela atitude servil e indolente à nova ordem, mas sim significa a via de uma hermenêutica construtiva.

Ao longo dos nove capítulos pelos quais o livro navega, é sempre preocupação presente dos autores traçar a ponte entre os ensinamentos teóricos e a realidade prática. Dando início a essa caminhada da efetivação prática, é imperativo que se parta de uma nova hermenêutica constitucional que coloque a Constituição como centro real do ordenamento, buscando, assim, uma aplicabilidade direta das normas e princípios constitucionais.

É através dessa transmutação nuclear do ordenamento jurídico que as linhas limítrofes entre as searas pública e privada se redesenham, recolocando a pessoa humana enquanto foco e escopo do ordenamento, conforme bem afirmam os autores.

Destarte, afastam-se eles, atentos à Dignidade da Pessoa Humana como baldrame do sistema, sem operar distinções profundas entre as áreas pública e privada. Estamos de pleno acordo que a proteção efetiva dos Direitos Fundamentais da Personalidade demanda uma tutela unitária e geral dos direitos da personalidade que tenha na dignidade da pessoa humana o seu centro de irradiação axiológica.

Nesse influxo, ao retratarem a realidade da pessoa jurídica no contexto do Direito Civil brasileiro, não olvidam CRISTIANO e NELSON dos importantes ensinamentos do Professor, mestre de todos nós, LAMARTINE CORREIA DE OLIVEIRA LIRA, em sua colossal obra *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, ao retratarem estas enquanto “*realidade atribuída para operar*”.<sup>1</sup>

Não fogem os presentes compositores às suas vocações de professores, pois é nítido o escopo didático presente neste trabalho. Todavia, não se propõem a serem meros facilitadores ou tradutores de teorias que corroboram com o modelo de educação bancária denunciado por PAULO FREIRE.<sup>2</sup> Os professores abraçam a lição do ilustre educador ao postarem-se enquanto barco, à frente, que realiza a travessia conjuntamente com seus alunos, e não enquanto farol, ao longe, iluminando à distância.

<sup>1</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137.

<sup>2</sup> FREIRE, Paulo. *O Caminho se faz caminhando*. São Paulo, 1998.

Exercem CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD, nesta bela obra, cooperação para a edificação de uma hermenêutica criativa e transformadora que seja a força propulsora da mudança social e da garantia da supremacia dos valores constitucionais e da sua efetivação prática. Conscientes, porém, de que:

As mudanças necessárias não acontecem só porque nós acreditamos que é possível um mundo melhor. Essas mudanças hão de verificar-se como resultado das leis de movimento das sociedades humanas, e todos sabemos também que o voluntarismo e as boas intenções nunca foram o motor da história. Mas a consciência disso mesmo não tem que matar o nosso direito à utopia e o nosso direito ao sonho. Porque a utopia ajuda a fazer o caminho. Porque sonhar é preciso, porque o sonho comanda a vida.<sup>3</sup>

Subscrevemos, por isso, a lição necessária para seguir em frente, também enunciada por CHICO BUARQUE, ao afirmar que *“a gente quer ter voz ativa para o nosso destino plantar...”*. Assim, com os seus brados ponderados e conscientes, os Professores CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD inserem-se, como nós, no rol dos doutrinadores do Direito Civil que possuem a esperança e o sonho, como bem retrata o Professor AVELÃS NUNES, de plantar um porvir melhor através das ferramentas de um direito emancipador.

**Luiz Edson Fachin**

*Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná.*

---

<sup>3</sup> AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

## APRESENTAÇÃO



Os Professores CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD são membros do Ministério Público do Estado da Bahia e de Minas Gerais, respectivamente, e mestres por Universidades Católicas. Lecionam Direito Civil e são autores de diversas obras jurídicas.

Abandonando a antiga dogmática dos civilistas clássicos, centrada no individualismo e no patrimonialismo, CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD realizam aqui uma abordagem da Teoria Geral do Direito Civil, sob o norte dos novos princípios constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988, voltada para estudantes e estudiosos que pretendam percorrer as principais estruturas e categorias dogmáticas.

O livro compõe-se de nove capítulos, didaticamente elaborados e estruturados, com jurisprudência selecionada por assunto e questões dos mais recentes concursos jurídicos, incluindo os enunciados da Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, buscando conferir interpretação ao Código Civil de 2002, e referências aos projetos de lei, que já pretendem alterá-lo.

Sem dúvida, os Professores CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD destacam-se, no panorama alvissareiro da nova safra de juristas brasileiros, como dos mais brilhantes talentos da atualidade. Extremamente sensíveis aos recentes problemas que agitam o Direito contemporâneo, percorrem todo o Brasil em conferências, cursos e seminários, decididamente dispostos à reconstrução das categorias do direito privado a partir da tábua de valores constitucionais.

Dotados de extraordinária capacidade expositiva, não seria exagero perceber, em suas trajetórias acadêmicas, a obstinação dos grandes juristas, preocupados com a síntese entre a teoria e a prática, a reflexão profunda e a transmissão didática dos intrincados temas do Direito Civil. Entrevê-se no invulgar carisma dos Professores CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD a franca recuperação do tradicional ambiente humanista civilista, inspirados em TEIXEIRA DE FREITAS e ORLANDO GOMES, cenário que parece se construir, para eles, em compromisso com o futuro, meta a ser atingida na formação de seus alunos, utopia obstinadamente perseguida na construção e divulgação de um Direito Civil comprometido com uma agenda emancipatória, baseada na dignidade da pessoa humana, na igualdade substancial e na solidariedade social.

Petrópolis (RJ), agosto de 2003.

**Gustavo Tepedino**

*Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.*



# I

## INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL

### SUMÁRIO

1 Noções conceituais sobre o direito. 2 Acepções da palavra *direito*. 2.1 Noções gerais. 2.2 Direito objetivo e direito subjetivo. 2.3 Direito potestativo. 2.4 Direito positivo (e pós-positivismo jurídico) e o direito consuetudinário. 2.5 Direito natural. 3 Instrumentos de controle social. 4 Divisão do direito (clivagem entre o público e o privado). 5 O problema da unificação do direito privado e a codificação no direito civil brasileiro. 6 O Código Civil de 2002 e os seus paradigmas (os valores da codificação brasileira). 6.1 Os paradigmas (ou diretrizes) do Código Civil de 2002. 6.2 A socialidade. 6.3 A eticidade. 6.4 A operabilidade ou concretude. 7 Conceito (constitucionalizado) de direito civil e a sua sistematização. 8 O direito civil constitucional (a constitucionalização do direito civil). 9 A aplicação dos direitos fundamentais (constitucionais) nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). 10 A aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações de direito civil (eficácia supralegal das convenções internacionais ou convencionalização do direito civil). 11 A eficácia dos direitos sociais nas relações privadas. 12 O diálogo das fontes como mecanismo de aplicação das normas de direito privado. 13 Princípios do direito civil e as suas tendências contemporâneas. 13.1 A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios. 13.2 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras. 13.3 Os princípios e a técnica de ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no direito civil. 13.4 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos). 14 Os princípios do direito civil e as suas tendências contemporâneas.



*“Explica... e com o carimbo positivo da ciência que aprova e classifica. O que é que a ciência tem?  
Tem lápis de calcular. Que mais que a ciência tem? Borracha pra depois apagar. Você já foi ao  
espelho? Não? Então vá!”*

*(Todo mundo explica, de RAUL SEIXAS)*

## 1

## NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O DIREITO

A conceituação do *direito*, embora pareça despicienda, é informação útil ao civilista para que possa compreender o pressuposto elementar da própria existência do Direito Civil.

Aliás, já se disse, com acerto: “Quem sabe o que é o Direito sabe o que tem que resolver em cada questão jurídica”.<sup>1</sup> De fato, a ideia geral que se absorve sobre o Direito influenciará a solução de questões concretas, como o dever fundamental de respeito à pessoa humana. Daí a relevância da conceituação.

Exprime o Direito a ideia de adaptação social. De interação e pacificação das relações do homem consigo próprio e com o meio em que vive (criação de um mundo cultural ao lado do físico).<sup>2</sup>

Assim, enfeixa o Direito, enquanto fenômeno integrado na sociedade, um duplo aspecto: o homem adapta-se ao direito, que organiza e disciplina a sua vida em sociedade, enquanto o direito retrata as necessidades humanas dentro da sociedade. Não há, pois, como entender o fenômeno jurídico dissociado da sociedade. RUDOLF VON IHERING, em oportuna passagem, chegou mesmo a disparar que “*não lhe basta (ao direito) uma pretensão normativa, é preciso que se lhe dê efetividade social*”.

Ora, o homem é ser gregário, existindo o Direito pela necessidade da paz coletiva, ordem e bem comum. Vale dizer, para disciplinar a vida em sociedade. Se se admitisse, *ad argumentandum*, a possibilidade de o homem viver em isolamento, dissociado de seus semelhantes (como no literário exemplo de Robinson Crusoé, isolado em sua ilha, antes da chegada do seu companheiro, o índio Sexta-feira, ou dos monges orientais no Alto do Tibet), desnecessário seria o Direito.

Há, pois, íntima interação entre o fenômeno jurídico e fenômeno social, estando de tal modo atrelados, que é impossível assimilar um sem o outro.

É nessa ambientação que se há de pensar na conceituação do Direito.

De saída, vale invocar a cátedra de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR para lembrar que “o direito é muito difícil de ser definido com rigor. De uma parte, consiste em um grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis, o que o homem comum percebe quando se vê envolvido num processo judicial: por mais que ele esteja seguro dos seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe uma certa angústia que desorganiza a sua tranquilidade. De outra parte, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, posto que admite um cenário comum em que as mais diversas aspirações podem encontrar uma aprovação e uma ordem”.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> A observação é de CASTRO Y BRAVO. Apud J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 14.

<sup>2</sup> Para o chileno CARLOS DUCCI CLARO, o Direito constitui o conjunto de imperativos vigentes em uma comunidade, pelo qual se transformam simples relações humanas em relações jurídicas. Cf. *Derecho Civil*, op. cit., p. 9.

<sup>3</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*, op. cit., p. 33-34.

Daí a conclusão: *o direito existe para pacificar e disciplinar a vida em sociedade e, por outro lado, tem de espelhar as necessidades dessa sociedade. É normatização da conduta humana*,<sup>4</sup> com vistas à garantia da vida em sociedade. Os valores do Direito não são criados abstratamente, representam a expressão da vontade social. Logo, o Direito não está à disposição de conceitos eternos, imutáveis. Ao revés, tem de se adaptar aos avanços da sociedade.

SÍLVIO RODRIGUES, forte em RUGGIERO e MAROI, conceitua o Direito, almejando demonstrar o seu sentido social:<sup>5</sup> “O direito é a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos.”

Na mesma trilha de raciocínio, encontra-se a lição do Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA afirmando que se trata do “conjunto das regras sociais que disciplinam as obrigações e poderes referentes à questão do meu e do seu, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários”.<sup>6</sup> A transgressão dessas regras, traçadas para a pacificação social através do Direito, acarreta reprovação social e sanção jurídica.

É, assim, a ciência do *dever ser*, traçando regras mínimas para a convivência em sociedade, mantendo condições de equilíbrio. Nesse sentir, GUSTAV RADBRUCH conceitua o Direito como “conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social”, exprimindo verdadeira síntese dos argumentos aqui expendidos.

Daí ser lícito, e fundamental, concluir que *o direito – e particularmente o Direito Civil – forma-se a partir da influência sociocultural das civilizações, com os reflexos de cada momento histórico*.

De qualquer maneira, não se pode olvidar que, considerada a natureza ambígua, vaga, do vocábulo *direito*, haverá uma inexorável carga emotiva<sup>7</sup> na sua compreensão. Nessa linha de ideias, variados são os contextos em que pode ser compreendida a expressão *direito*, não sendo possível aprisioná-la, meramente, no sentido da linguagem, reclamando uma compreensão mais ampla, considerados os fatos históricos, antropológicos, culturais etc.

Em arremate, é propício refletir sobre as palavras de FRANCISCO AMARAL, tão oportunas nesse momento: “O direito surge ao longo de um processo histórico, dialético e cultural, como uma técnica, um procedimento de solução de conflitos de interesses e, simultaneamente, como um conjunto sistematizado de normas de aplicação mais ou menos contínua aos problemas da vida social, fundamentado e legitimado por determinados valores sociais”.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Não caberia, nesse momento, ingressar no âmbito da célebre discussão científica travada entre CARLOS COSSIO e HANS KELSEN no que respeita à caracterização desse fenômeno jurídico como objeto da Ciência do Direito.

<sup>5</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 6.

<sup>6</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 6-7.

<sup>7</sup> A ideia é defendida por ADRIAN SGARBI. “O significado de ‘Direito’: observações a respeito de uma pergunta embaraçosa”, op. cit., p. 297.

<sup>8</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 4.

## 2

ACEPÇÕES DA PALAVRA *DIREITO*

## 2.1 Noções gerais

Etimologicamente, originou-se a palavra *direito* do latim *directum*, originado do verbo *dirigere* (composição de *di* e *regere*, significando reger, governar), dando ideia daquilo que é reto (século IV), trazendo consigo a metáfora de que o direito deve ser uma *linha reta, direta*, consoante as *regras traçadas para a convivência*.<sup>9</sup>

Na antiga Roma, contudo, o vocábulo utilizado para indicar essa ciência era *jus-juris*.

Como palavra polissêmica, plurívoca (não unívoca), enfeixando uma multiplicidade de correspondências, pode ser compreendida em diversos sentidos: literal, teleológico, finalista etc.

SÍLVIO RODRIGUES observa que, como fenômeno, o direito pode ser percebido através de mais de um ângulo.<sup>10</sup> Sem dúvida. É possível fazer referência ao Direito como a lei (conjunto de normas jurídicas). De outra banda, também é possível falar em Direito para afirmar a prerrogativa conferida a alguém para se comportar de determinado modo.

Dos vários sentidos, importa apresentar algumas distinções fundamentais, não esquecendo que todos eles fazem parte de uma mesma realidade, formando um todo essencialmente unitário.<sup>11</sup>

## 2.2 Direito objetivo e direito subjetivo

De logo, há de se diferenciar o direito *objetivo* do *subjetivo*.

A distinção afigura-se-nos extremamente relevante, uma vez que as figuras correspondem a aspectos inseparáveis:<sup>12</sup> o direito objetivo nos permite fazer algo porque temos o direito subjetivo de fazê-lo.<sup>13</sup> Aquele é a norma de agir, a conduta social-padrão regulamentada (*norma agendi*). Enfim, é o complexo de normas (regras e princípios) impostas a todos por terem sido valoradas juridicamente como relevantes. Este é a faculdade de titularizar uma determinada relação jurídica (*facultas agendi*), sendo inerente à pessoa, que pode exercitá-lo a qualquer tempo, a depender de sua vontade. É o *poder de direito*, que pode ser exemplificado com as prerrogativas do réu, no Direito Penal, em obter concessão de *sursis* (suspensão da pena aplicada por sentença), não lhe podendo

<sup>9</sup> Nesse diapasão, LIMONGI FRANÇA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 6.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 6.

<sup>11</sup> A lembrança é do Professor chileno CARLOS DUCCI CLARO. *Derecho Civil*, op. cit., p. 210.

<sup>12</sup> O mestre das Alterosas, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com percuciência, dispara não haver “dois compartimentos estanques, nem estes conceitos são fenômenos diversos. Ao revés, simultaneamente constituem objeto da ciência jurídica, sem exprimirem ideias opostas [...] Direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de um conceito único, compreendendo a *facultas* e a norma os dois lados de um mesmo fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 14).

<sup>13</sup> Nesse sentido: JEAN CARBONNIER. *Derecho Civil*, op. cit., p. 105.

ser negado, se preenchidos os requisitos exigidos na lei penal, ou com a proteção do direito à imagem, no campo do Direito Civil.

Em suma-síntese: o direito objetivo refere-se ao ordenamento jurídico vigente, enquanto o direito subjetivo diz respeito ao poder que o titular tem de fazer valerem os seus direitos individuais.

Exemplo elucidativo é apresentado pelo civilista lusitano JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO: “Confrontemos as expressões *Direito das Sucessões* e *direito de suceder*. É nítido que se utiliza a palavra *direito* em sentidos diversos, se bem que relacionados. O Direito das Sucessões é uma realidade objetiva: está-se mais perto da ideia de uma ordenação da vida social. Pelo contrário, o direito de suceder é uma realidade subjetiva; refere-se necessariamente a um sujeito dado para significar que ele goza de uma certa posição favorável. A distinção torna-se muito clara se perguntarmos qual o ponto de vista de um sujeito perante aquelas realidades. Pode-se dizer que Joaquim tem direito de suceder a Jerônimo, mas não que Joaquim tem o Direito das Sucessões [...] O Direito das Sucessões é uma realidade que não se encerra na titularidade de ninguém; não é subjetiva”.<sup>14</sup>

Outros exemplos podem ser mencionados, fazendo algumas referências à Codificação Civil. O art. 1.228 do Código Civil, ao estabelecer que o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, assim como de reavê-los de quem injustamente os possua ou detenha, cria para o dono de uma casa na Praia do Forte, no vasto litoral baiano, o direito *subjetivo* de vendê-la ou alugá-la, como bem entender. É verdadeiro *direito subjetivo*. Por outro lado, o art. 186 da Lei Civil, estabelecendo que o dano causado a outrem por ato voluntário, negligente ou imprudente deve ser reparado, prevê uma *norma de coexistência social*, ou seja, evidencia o *direito objetivo*. Nessa mesma hipótese, ainda, observando que alguém foi vítima de prejuízo causado por terceiro, detecta-se o *direito subjetivo* que é reconhecido ao ofendido de ser indenizado pelo dano sofrido.

Assim, enquanto a expressão *direito objetivo* exprime o conjunto das regras normativas que disciplinam um determinado ordenamento, o *direito subjetivo*, por seu turno, diz respeito ao poder de exigir ou de pretender de alguém um comportamento específico.

Nessa linha de ideias, observa-se que o *direito subjetivo* encontra-se envolto por algumas características evidentes: (i) corresponde a uma pretensão conferida ao titular,<sup>15</sup> paralelamente a um dever jurídico imposto a outrem; (ii) admite violação, pois o terceiro pode não se comportar de acordo com a pretensão do titular (gerando o direito à indenização pelo prejuízo causado); (iii) é coercível, podendo o sujeito ativo coagir o passivo a cumprir o seu dever; (iv) o seu exercício depende, fundamentalmente, da vontade do titular.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*, op. cit., p. 36.

<sup>15</sup> Não há, efetivamente, direito subjetivo sem titular. O que pode ocorrer é uma indeterminação temporária do sujeito do direito subjetivo, como no exemplo do título de crédito ao portador ou da instituição de herança em favor da prole eventual, o chamado concepturo (CC, art. 1.804, parágrafo único). Jamais haverá, entretanto, um direito subjetivo sem titular. Assim, mencionando tais exemplos, LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 402.

<sup>16</sup> O raciocínio também é desenvolvido por FLÁVIO PIMENTEL DE LEMOS FILHO. *Direito potestativo*, op. cit., p. 16.

Ora, singrando esses mares, avulta a conclusão de que, violado um direito subjetivo, surge para o titular uma *pretensão* a uma reparação civil do dano produzido.

No direito subjetivo há uma ideia de direito-dever. Ao dever do sujeito passivo corresponde um direito do sujeito ativo. Observe-se, ainda, que, na dogmática atual, todo direito deve atender a uma finalidade social, sob pena de abuso de direito (CC, art. 187).<sup>17</sup> É o que ocorre, por exemplo, nos contratos, onde a liberdade de contratar se condiciona em razão e nos limites da função social do contrato, como determina o Código Civil, art. 421.

É preciso cuidado, todavia, para não confundir o *direito subjetivo* com algumas figuras afins, como a *simples faculdade* e o *poder jurídico*. Veja-se.

Pode parecer contraditório dizer que o direito subjetivo não se confunde com o vocábulo *faculdade*, porém, como bem adverte J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA,<sup>18</sup> este último pode ser entendido de duas maneiras diferentes. Na *primeira*, configuraria a possibilidade de adquirir direitos. Ou seja, na simples faculdade torna-se possível a realização (ou não) de determinados atos sem qualquer dever jurídico correspondente de terceiros. Na *segunda*, a faculdade configura o próprio conteúdo do direito subjetivo, o que significa dizer que não tem existência própria, estando sempre vinculada ao direito subjetivo. É o exemplo da faculdade do direito subjetivo de propriedade, que é igual a usar, gozar e dispor etc.

Na realidade, o que se tem, no plano concreto, é que há uma relação de *complementaridade* entre o direito subjetivo e a faculdade jurídica, na medida em que um contém o outro: o direito subjetivo contém a faculdade. Exercitado um direito subjetivo, tem-se um *poder de exigir* de outrem determinado comportamento. Na faculdade jurídica, por seu turno, há *poder de exercer* um determinado direito subjetivo.

Já o poder jurídico, também chamado de poder funcional, distingue-se do direito subjetivo, pois naquele há um direito exercido no interesse do sujeito passivo e do grupo social, como, v. g., o poder familiar (CC, art. 1.630), diversamente do que ocorre, como se viu, no direito subjetivo, em que o exercício é em benefício do próprio titular.

Sintetize-se: no poder funcional há exercício em face de outra pessoa (como na tutela de menores), caracterizando-se como uma categoria autônoma, distinta dos direitos subjetivos.

Convém destacar que os direitos subjetivos podem ser *absolutos* ou *relativos*. São *absolutos* os direitos subjetivos quando traduzem uma pretensão oponível à generalidade das pessoas, à coletividade. É o exemplo dos direitos reais, como o direito de propriedade. De outro lado, serão *relativos* os direitos subjetivos quando o dever

<sup>17</sup> Art. 187, Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O saudoso Professor ALVINO LIMA destaca, com proficiência, que no ato abusivo há violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa (*Culpa e Risco*, op. cit., p. 252).

<sup>18</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 406 ss.

jurídico é imposto a pessoas determinadas ou determináveis, fazendo com que a pretensão nele contida seja dirigida contra uma pessoa (ou grupo de pessoas). Ilustrando, lembre-se o direito ao crédito, que é exercido relativamente a uma pessoa certa e determinada ou determinável.

A outro giro, também podem os direitos subjetivos ter conteúdo *patrimonial* ou *extrapatrimonial*, a depender da presença do elemento econômico em sua estrutura interna. Admitem apreciação em dinheiro, *e. g.*, o direito ao crédito e à propriedade. Por outro lado, são desprovidos de conteúdo econômico os direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a privacidade.

Por derradeiro, não se pode deixar de observar a existência de *limitações ao exercício de direitos subjetivos*, consistentes na boa-fé e na função social do direito. Isto é, o exercício irregular de um direito caracteriza *abuso de direito*, cujos efeitos equiparam-se aos de um ato ilícito, gerando obrigação de reparar os danos causados (CC, art. 187).

### 2.3 Direito potestativo

Merecem referência, outrossim, os *direitos potestativos*, que não se confundem nem com os poderes jurídicos e tampouco com os direitos subjetivos.

Caracterizam-se os direitos potestativos por atribuir ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em determinadas situações mediante um ato próprio de vontade, inclusive atingindo terceiros interessados nessa situação, que não poderão se opor.<sup>19</sup>

Precisamente, observa LEONI LOPES DE OLIVEIRA serem direitos potestativos “aqueles em que se atribui ao seu titular o poder de produzir, mediante sua exclusiva declaração de vontade, a modificação ou extinção de uma relação jurídica, com efeitos jurídicos em relação ao outro ou outros sujeitos da relação jurídica. Nos direitos potestativos os sujeitos que assumem a situação jurídica subjetiva passiva não têm, como nos direitos subjetivos, uma situação de obrigação, mas estão submetidos a admitir os efeitos produzidos em decorrência da exclusiva manifestação de vontade do titular do direito potestativo”.<sup>20</sup>

Veja-se, pois, que o exercício de direito potestativo dispensa comportamento do sujeito passivo. O titular de tal direito o exerce sozinho ou através de medida judicial, se preciso, mas sem qualquer necessidade de atuação da parte contrária. É que os direitos potestativos são *poderes* do titular de *formar situações jurídicas* pela sua própria vontade, impondo a terceiros determinados comportamentos.

Nesse passo, como o seu exercício depende tão somente do próprio titular, o direito potestativo não pode sofrer lesão.

<sup>19</sup> Manifesta-se, no mesmo diapasão, CARLOS DUCCI CLARO defendendo que os direitos potestativos conferem ao titular a faculdade de constituir um efeito através de um ato de vontade. Cf. *Derecho Civil*, op. cit., p. 195-196.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 409.



Exemplos concretos de direitos potestativos podem ser mencionados: (i) a possibilidade de o mandante, a qualquer tempo, revogar o mandato concedido; (ii) o poder de o empregador (patrão) despedir o seu empregado; (iii) o direito reconhecido ao herdeiro de aceitar, ou não, a herança que lhe foi transmitida (CC, art. 1.804); (iv) a prerrogativa do sócio de retirar-se da sociedade constituída. Verifica-se nos exemplos mencionados a existência de uma atribuição ao titular do direito (potestativo), reconhecendo-lhe o poder de criar, modificar, extinguir ou substituir relações jurídicas, por meio de ato de vontade unilateral.<sup>21</sup>

Dáí inferir-se a conclusão lógica de que os direitos potestativos conferem ao titular o poder de produzir consequências na esfera jurídica de outro sujeito, em decorrência de sua exclusiva manifestação de vontade.<sup>22</sup> Por isso, ao revés do direito subjetivo, o direito potestativo não admite violação.

Frise-se que, em determinadas situações, pode se exigir que o Poder Judiciário integre a vontade do titular.<sup>23</sup> É o exemplo da dissolução do casamento. Cada um dos cônjuges pode exercitar o direito de dissolver o matrimônio, através de ato de vontade, submetido ao crivo do Juiz, ouvido o Promotor de Justiça, ou à chancela do Tabelião, em cartório. É direito potestativo que reclama a intervenção estatal para a sua efetivação.

Frente ao que se expôs, apoiado na lição de FLÁVIO PIMENTEL DE LEMOS FILHO, em obra dedicada ao tema, percebe-se que os caracteres fundamentais do direito potestativo são: “a) poder jurídico conferido ao titular; b) declaração unilateral de vontade, realizável *per se* ou através de decisão judicial; c) estado de sujeição da contraparte; d) influência em situação jurídica preexistente; e e) produção de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos”.<sup>24</sup>

Arrematando, importa lembrar que, se a norma jurídica prevê um prazo para que o titular venha a realizar determinado direito potestativo, através de sua declaração de vontade, o seu não exercício importa decadência<sup>25</sup> (também dita caducidade). Não havendo prazo em lei para o exercício de direito potestativo, este não estará sujeito a prazo extintivo, podendo ser exercido a qualquer tempo.

<sup>21</sup> Em outro exemplo, é possível antever que “a lei outorga ao servidor que adimpliu os requisitos da licença-prêmio um direito potestativo” de reclamar o benefício (STJ, Ac. Unân., 1ª T., REsp. 3942/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.8.1992).

<sup>22</sup> Com esse pensamento, LEONI. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 409.

<sup>23</sup> FLÁVIO PIMENTEL DE LEMOS FILHO, buscando inspiração em PAUL OERTMANN, esclarece que, eventualmente, pode acontecer que seja necessária uma resolução judicial para a produção de efeitos decorrentes de um direito potestativo. Em tais hipóteses, há de ser demandada, em juízo, a parte contrária, provocando-se a deflagração de efeitos por meio da decisão judicial (que, nesse caso, será chamada de sentença constitutiva ou desconstitutiva, por criar, modificar, extinguir ou substituir uma situação jurídica).

<sup>24</sup> LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. *Direito potestativo*, op. cit., p. 33.

<sup>25</sup> Em didática decisão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou: “Os únicos direitos sujeitos à decadência são os potestativos. Só as ações constitutivas caducam” (TJ/RJ, Ac. Unân., 5ª Câmara Cív., Ap. Cív. 8.150, Rel. Des. Graccho Aurélio, j. 11.5.1979).



## 2.4 Direito positivo (e pós-positivismo jurídico) e o direito consuetudinário

Também é importante evidenciar o alcance da expressão *direito positivo*, significando, em linhas gerais, a norma escrita, positivada, contrapondo-se ao *direito consuetudinário*, resultante dos usos e costumes, como no exemplo do *common law* inglês.

No sistema de direito consuetudinário, há uma preponderância das decisões judiciais, dirimindo casos concretos. As normas legais tipificadas não possuem a mesma força assumida nos países de direito positivo, como o Brasil e os vizinhos sul-americanos. Em sendo assim, nos países que seguem o direito consuetudinário (Inglaterra, EUA, Nova Zelândia, Austrália, dentre outros), cabe ao magistrado, em cada caso, decidir em conformidade com os costumes jurídicos enraizados em cada comunidade.

Já nos países que seguem o sistema de direito positivo traz-se como pano de fundo uma inescondível busca por maior segurança social, estabelecendo verdadeiros quadros de comportamentos humanos em tipos legais.

Na verdade, o positivismo jurídico foi engendrado com o propósito de tentar organizar o estudo da ciência jurídica com os mesmos métodos das demais ciências, permitindo que o jurista analise objetivamente a ordem jurídica de seu país. Disso resulta, inexoravelmente, um *fundamento de validade da norma jurídica*, como pensou Kelsen.<sup>26</sup>

Na busca de uma maior segurança, o positivismo jurídico, fruto do positivismo filosófico, pregava que a ciência do Direito, como todas as demais, tinha de estar fundamentada em juízos de *fato* (representativos do conhecimento da realidade), e não em juízo de *valor* (que diriam respeito a uma tomada de posição diante da realidade e, portanto, uma concepção mais crítica da realidade). Pregava, portanto, uma grande aproximação entre o Direito e a norma. Esta representaria quase plenamente aquele.

Nessa ambiência, nota-se que o grande pecado do positivismo jurídico foi estabelecer uma verdadeira apologia ao texto de lei, propagando um *legalismo acrítico e neutro socialmente* – o que, naturalmente, serviu de disfarce para regimes políticos ditatoriais e autoritários, de diferentes ideologias. Isso porque não se discutiam questões relativas à justiça, razoabilidade, legitimidade... Todas essas discussões eram encerradas pela positivação de uma norma, que legitimava a ordem estabelecida, seja ela qual fosse. Nos regimes de exceção, promoviam-se verdadeiras barbáries com o amparo da lei, com, por exemplo, a segregação da comunidade judaica, na Alemanha nazista, que teve início com a legislação racial editada.

Por evidente, com a incorporação de novos valores sociais e culturais, o positivismo jurídico sofreu uma natural erosão. Curiosamente, a derrocada do positivismo correspondeu à decadência dos regimes fascista na Itália e nazista na Alemanha e, entre nós, correspondeu ao movimento de redemocratização do país. Com uma necessidade de afirmação democrática, o seu declínio era, pois, inexorável.

<sup>26</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*, op. cit., p. 215. A obra prima de Kelsen, contudo, foi a *Teoria Pura do Direito*, cuja primeira edição remonta a 1934, tendo sido publicada uma segunda edição em 1960, já com o acréscimo de novas ideias e conceitos.

Vivencia-se, contemporaneamente, uma fase pós-positivista. Sem embargo de reconhecer a necessidade de um mínimo de segurança propiciada pelo positivismo, assume-se uma visão crítica e de preocupação social no campo jurídico. Busca-se o Direito como agente de transformação e de participação na sociedade, abandonando a neutralidade e indiferença.

É o que se vem denominando de *pós-positivismo*. Uma necessidade de compreensão crítica e participativa socialmente do Direito impondo um sistema aberto e poroso.

O fracasso do positivismo abriu, então, “caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*”, como bem percebe LUÍS ROBERTO BARROSO.<sup>27</sup>

Não se olvide, no entanto, a denominada *teoria do direito alternativo*, que vem combatendo o excessivo normativismo do sistema brasileiro (verdadeira inflação legislativa), propondo a solução de problemas no caso concreto com maior criatividade do intérprete, mesmo violando preceitos legais. Traz evidente inconveniente: permite que o sentimento particular de justiça de cada aplicador do Direito possa influir nos julgamentos, gerando grande instabilidade social.

Talvez por isso seja chegado o momento de, percebendo a crise do positivismo jurídico exagerado, afirmar a necessária aproximação da ciência com a realidade que lhe incumbe regulamentar, a partir da valorização da pessoa humana. Grande defensor dessas ideias é o já saudoso NORBERTO BOBBIO, que propõe uma *teoria funcional do Direito*, realizando uma “sociologização” do seu conteúdo, impedindo o seu isolamento na norma jurídica positiva.<sup>28</sup>

## 2.5 Direito natural

Finalmente, é relevante mencionar o direito *natural*, como ideia abstrata do fenômeno jurídico, pretendendo corresponder a uma justiça superior (que pode estar, até mesmo, em confronto com o texto de lei). Vale dizer, para respeitar um sentimento de justiça, o direito *natural* admite soluções diferenciadas, a partir de inspirações ilimitadas.

O traço característico do direito natural é o reconhecimento da existência de um direito, de uma justiça, anterior e acima do direito positivo vigente.

O seu grande corifeu foi Aristóteles, considerado por muitos o “pai do direito natural”.<sup>29</sup> Antes dele, no entanto, teve como defensores, no período pré-socrático,

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, op. cit., p. 242.

<sup>28</sup> Sobre a crítica de NORBERTO BOBBIO acerca da histórica estruturação positivista da ciência, consulte-se: *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

<sup>29</sup> A referência é de LEONI. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 32.

Pitágoras (século VI, a. C.), Heráclito (séculos VI-V, a. C.) e Sófocles<sup>30</sup> (497-406, a. C.), que desenvolveram a ideia de que acima (e antes) do direito positivo estavam o *logos* divino e os próprios deuses.

Já no século XX, encontravam-se referências na busca de um retorno ao jusnaturalismo, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, nas referências de GENY, GUSTAV RADBRUCH, VERDROSS, dentre outros. E ainda hoje é possível encontrar referências ao direito natural como fórmula ideal para possibilitar a aproximação do direito ao ideal de justiça.

A crítica que se formula contra o direito natural é ácida. IMMANUEL KANT, por exemplo, percebia que “a razão não é um arsenal de conhecimento teóricos acabados, de normas éticas e estéticas maduras para a sua aplicação, mas a faculdade de alcançar tais conhecimentos e normas”,<sup>31</sup> revelando que o Direito é nítido fenômeno cultural, fruto da construção humana.

Por igual, RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES sintetiza a análise da relevância do jusnaturalismo: “Do ponto de vista jurifilosófico, a doutrina jusnaturalista desempenhou a função relevante de sinalizar a necessidade de um tratamento axiológico para o direito. Isto porque o jusnaturalismo permite uma tematização dos valores jurídicos, abrindo espaço para a discussão sobre a justiça e sobre os critérios de edificação de um direito justo. Em face da necessidade de delimitar o que seja um direito justo, a doutrina jusnaturalista *não oferece, entretanto, uma proposta satisfatória de compreensão dos liames mantidos entre direito, legitimidade e justiça*”.<sup>32</sup>

O nosso sistema de Direito Constitucional aparta-se, a toda evidência, do direito natural, inclusive promovendo uma explícita diáspora em relação à influência religiosa, afirmando, expressamente, que o Brasil é um país laico, no qual se respeita a liberdade de ter (qualquer) crença e a liberdade de não ter crença alguma.

### 3 INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Existindo para possibilitar a vida em sociedade, o Direito cumpre função símile a de outros institutos, vocacionados, igualmente, para estabelecer limites às relações interpessoais. São os chamados *instrumentos de controle social*.

É que, naturalmente, a vida em sociedade exige a utilização de diferentes instrumentos limitadores das múltiplas relações intersubjetivas, a fim de viabilizar o convívio entre os seres humanos.

<sup>30</sup> Na mitologia, notadamente em *Édipo Rei* e em *Antígona*, o filósofo grego Sófocles já mencionava a existência de leis não escritas, emanadas dos deuses e que jamais adormeceriam.

<sup>31</sup> Apud LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 38.

<sup>32</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao estudo do Direito*, op. cit., p. 221.

Nessa ambientação, o Direito apresenta-se como um dos instrumentos controladores da vida em sociedade, diferenciado, todavia, dos demais, por contar com *força de coerção*, obrigatoriedade.

Por motivos evidentes, não se confunde, via de consequência, o Direito com outros mecanismos de controle social – como a religião, a moral e as regras de trato social.

Difere da *religião*, na medida em que esta se caracteriza pelo objetivo de integrar o homem à divindade, cuidando do mundo espiritual, enquanto o Direito busca orientar a harmonia terrena, com a pacificação da sociedade.

Também não se confunde com a *moral*, que trata do mundo interior do homem, impondo-lhe ideias de convivência na sociedade, mas pelo prisma interior.<sup>33</sup> Não se nega, de qualquer forma, uma influência da moral sobre o Direito. Exemplificativamente, é possível lembrar que perderá o poder familiar o genitor que praticar atos contrários à moral ou aos bons costumes (CC, art. 1.638, III).

Das *normas de trato social* (regras de etiqueta) também se distingue, uma vez que estas pretendem, apenas, tornar mais agradável a convivência humana.

Efetivamente, dentre todos os mecanismos de controle social, o Direito distingue-se pelo exclusivo *caráter coercitivo*, impondo regras e apresentando sanções para o eventual desatendimento.

## 4 DIVISÃO DO DIREITO (CLIVAGEM ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO)

Das várias divisões propostas doutrinariamente (geral ou particular, comum ou especial), a mais importante é a que considera a origem da relação jurídica que integra o conteúdo do ramo do Direito. É a partir desse critério classificatório que, desde o Direito Romano, se divide o direito em *público* e *privado*. É a chamada *grande dicotomia do direito* (expressão cunhada por NORBERTO BOBBIO).

O *direito público* regula relações jurídicas concernentes à organização e atividade do Estado (acepção lata) e de seus agregados políticos, bem como as relações jurídicas travadas entre os cidadãos e essas organizações políticas. Enfim, cuida o direito público dos interesses diretos ou indiretos do Poder Público – admitido aqui em sua compreensão ampla, incluindo o Estado-Administração, o Estado-Juiz e o Estado-Legislador. São, assim, ramos do direito público o Direito Internacional Público, o Direito Constitucional, o Direito Processual, o Direito Administrativo, o Direito Econômico, o Direito Tributário e o Direito Penal, dentre outros.

<sup>33</sup> Nesse sentido, CÉSAR FIÚZA, forte em EDGAR DE GODÓI DA MATA-MACHADO, adverte que, apesar de “membro da sociedade, é dono de si mesmo e pode conservar, em seu interior, na sua intimidade, a pressão das forças que atuam na sociedade”, evidenciando a influência da moral nas relações sociais. Cf. *Novo Direito Civil: curso completo*, op. cit., p. 9.

Já o *direito privado* cuida das relações jurídicas entre os particulares entre si ou entre os particulares e o Poder Público (ou os seus agregados), quando estes não estiverem atuando no exercício de suas funções de Poder Estatal (político ou soberano). Exemplos de ramos do direito privado são o Direito Civil, o Direito Comercial e o Direito Internacional Privado.

Nas relações jurídicas de direito público há predomínio do *interesse geral*, ao revés das relações privadas, onde o interesse é individualizado, do titular. Assim, as normas de direito público não podem ser afastadas pela vontade das partes, diferentemente do direito privado, no qual as normas podem ser afastadas, salvo quando tratar de norma cogente ou imperativa.

Alguns autores, como ROBERTO SENISE LISBOA, fundados na *teoria social* formulada por PAUL ROUBIER, propõem uma nova divisão do direito, reconhecida a superação da sua histórica dualidade: *público*, *privado* e *social* ou *misto*, que constituiria em *tertium genus*, derivado de fenômenos históricos, vindo atender à necessidade de proteção de interesses coletivizados, que alcançam a sociedade como um todo. Exemplos de *direitos sociais* seriam o Direito do Trabalho, o Direito Previdenciário, o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor, o Direito Urbanístico, o Direito da Infância e Juventude e o Direito Agrário.<sup>34</sup>

Diferentes fases vivenciadas pela ciência jurídica registraram o primado do direito privado sobre o direito público e vice-versa. Com efeito, no Direito Romano o direito privado prevalecia sobre o público, perdurando por séculos essa situação, fato constatado através, por exemplo, da migração de institutos nitidamente privados para a seara pública, como o *dominium* (bens públicos) e o *pactum* (contratos administrativos).<sup>35</sup> Mais adiante, no século XIX, o descrédito no estado liberal realçou uma maior intervenção do Estado nas relações individuais. Com isso, houve significativa “restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um”, como salienta o eterno mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.<sup>36</sup>

Entretanto, essa “bipartição romana do direito em *público* e *privado* não corresponde mais à realidade jurídica e à complexidade da sociedade moderna. No mundo atual, entre esses dois grandes e tradicionais campos do direito se encontra o ‘*direito misto*’, seja por tutelar tanto o interesse público ou social quanto o privado [...], ou então, por ser constituído de normas de direito público e privado [...], seja finalmente por ser constituído de direito internacional e direito público interno”, como assinala o Professor e magistrado PAULO DOURADO DE GUSMÃO.<sup>37</sup>

É nítida, pois, a *superação da dicotomia direito público e privado, vislumbrando-se em alguns ramos da ciência jurídica pontos comuns, de contato, com um e outro ramo.*

<sup>34</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 82 ss.

<sup>35</sup> Nesse sentido: LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 59-60.

<sup>36</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 18-19.

<sup>37</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, op. cit., p. 147-148.

Esse fenômeno é resultado do avanço da sociedade, com relações complexas e plurais e, principalmente, da *constitucionalização do Direito Civil*, com a previsão, em sede constitucional, de matérias até então relegadas à legislação civil ordinária.

Ora, ao disciplinar diversos institutos nitidamente civilistas (como a família, a propriedade, o contrato, dentre outros), o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. Em outras palavras, ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social* (art. 3º) e a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), além da *erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos* (art. 3º, III e IV), a *Lex Fundamentallis* de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana.

Lembrando a interessante metáfora de NÉLSON SALDANHA, reportando-se ao “jardim e à praça” como referência aos espaços privado e público, respectivamente, é esclarecedor o magistério de DANIEL SARMENTO sustentando que a “clivagem tradicional se relativizou” e que “o cenário das relações privadas dificilmente tem as características idílicas de um aprazível jardim. Trata-se antes de uma arena povoada por conflitos deflagrados ou latentes, entre partes frequentemente desiguais”.<sup>38</sup>

Exatamente por isso, LUIZ EDSON FACHIN, grande referência da nova fase do Direito Civil brasileiro, vislumbra uma verdadeira “*virada de Copérnico*” no Direito Privado, reunificando, ao derredor dos valores existenciais da pessoa humana, um sistema que estava fragmentado por um número infundável de leis.<sup>39</sup>

É necessário reconhecer, nesse passo, que as disposições da Carta Constitucional modificaram o substrato das categorias jurídicas, até então separadas no público e no privado. Ao recepcionar, em sede constitucional, temas que antes, na dicotomia tradicional, eram emoldurados em sede exclusivamente privada (como a família, a propriedade, o consumidor, o contrato, entre outros), deu-se um rompimento, no sentido de atender às aspirações maiores da sociedade brasileira.

“Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado”, como ressalta GUSTAVO TEPEDINO.<sup>40</sup>

Com efeito, a força dos fatos e, nesse passo, o avanço imposto pela inteligência humana não podem ser elementos estranhos à Ciência Jurídica, sob pena de estabelecer

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 377-378.

<sup>39</sup> FACHIN, Luiz Edson. “Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo”, op. cit., p. 317-324.

<sup>40</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 19.



um profundo hiato entre a realidade fenomenológica da vida e as normas jurídicas.<sup>41</sup> Para tanto, é preciso que esteja o direito aberto, sensível e em sintonia com os avanços da sociedade.

E, por conseguinte, reconhecida a necessária incidência desse avanço tecnológico, científico e cultural, advém uma *eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico clássico*, abrindo espaço para um *direito contemporâneo*, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios.

No mesmo diapasão, a professora paranaense CARMEM LÚCIA SILVEIRA RAMOS entende que a ruptura com o sistema clássico é indubitosa e envolve um fenômeno que “objetiva, por um lado, a renovação da estrutura da sociedade, e, por outro, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, em que os padrões tradicionais foram drasticamente alterados [...], obrigando a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas pelo direito nesta fase de mutação”.<sup>42</sup>

Ressalte-se, de qualquer modo, que o Direito Civil é, indubitavelmente, o *ramo por excelência do direito privado*, apesar de toda a influência das normas constitucionais, uma vez que cuida das relações jurídicas de interesse nitidamente dos particulares. Não é por outro motivo que o Código Civil de 1916 continha norma explícita exprimindo essa clara noção, delimitando o seu campo: “Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”.

Não significa, portanto, que o Direito Civil tende a deixar o campo do direito privado. Muito pelo contrário, reafirma a sua posição tópica na seara do privatista, porém redesenhado e revitalizado, a partir das prescrições constitucionais, que lhe emprestam um novo conteúdo e dinâmica, proclamando a afirmação dos valores fundamentais.

## 5

### O PROBLEMA DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A CODIFICAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A questão da unificação do Direito Civil, como alertava o mestre ORLANDO GOMES, não deixou de ser problema da ordem do dia.<sup>43</sup>

Hodiernamente, após intensos e calorosos debates doutrinários, é possível detectar consenso no sentido de que somente se admite a ideia de unificação do direito privado naquilo que tem em comum: as obrigações. Por isso, já se chegou a falar em Código de

<sup>41</sup> O mestre baiano ORLANDO GOMES, de há muito, reconhecia uma fratura do Direito exposta na “esterilização dos conceitos e no desmoronamento de construções que pareciam inabaláveis” (*Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 7).

<sup>42</sup> RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. “A Constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”, op. cit., p. 11.

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 19.

Obrigações, como já adotou a Itália, França e Suíça, tendo mesmo sido proposto um *Código Universal de Obrigações*.

Pois bem, na esteira dessa compreensão, o Código Civil de 2002 unificou as obrigações comuns, dando disciplina própria e atualizando o conceito de atividade empresarial, em substituição ao ultrapassado conceito de comerciante.

Em que pese o fato de a nova Codificação ter revogado (art. 2.045) toda a primeira parte do Código Comercial (Lei nº 556/1850) e de ter adotado a teoria da empresa (CC, arts. 966/1.195), não houve unificação total do direito privado. Com lucidez, esclarece FÁBIO ULHÔA COELHO que a teoria da empresa, adotada pelo Código Civil de 2002, alterou o critério de delimitação do objeto do Direito Comercial, que no antigo Código Comercial estava assentada na ideia de atos de comércio e, agora, com a nova Codificação, passa a ter como referência a empresarialidade. Entretanto, não foi abolida a autonomia científica do Direito Comercial, continuando a existir a bipolaridade entre o regime jurídico deste com o do Direito Civil.<sup>44</sup> Frise-se, por oportuno, que a teoria da empresa foi recepcionada pelo Código pelo prisma funcional.

Na Jornada de Direito Civil (encontro realizado pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a presença dos mais importantes civilistas brasileiros, com o escopo de emprestar interpretação aos dispositivos da Codificação de 2002), cimentou-se entendimento no sentido de que “a disciplina de matéria mercantil no novo Código Civil não afeta a autonomia do Direito Comercial” (Enunciado 75).

Aliás, como vislumbrava a genialidade de ORLANDO GOMES, após o *século das codificações* – marcado pelo Código Napoleônico da França, pelo BGB alemão, pelos *forais* espanhóis e pelos Códigos de Portugal, Suíça, Polônia e Itália, dentre outros – o século XX seria o “*ocaso das codificações*”,<sup>45</sup> reconhecendo uma especialização necessária dos ramos da ciência jurídica, como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito da Criança e do Adolescente...

É a especialização jurídica, criando *microssistemas* (alguns deles já caracterizados como verdadeiros *sistemas jurídicos*, contando com disciplina autônoma e ligações com o Direito Processual, o Direito Penal, o Direito Administrativo, dentre outros, como o Direito do Consumidor) para atender melhor a determinadas situações.

A história da codificação brasileira,<sup>46</sup> sem dúvida, deve muito ao trabalho e à inteligência do baiano AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, morto em 1883, que, convidado pelo Governo Federal em janeiro de 1859 (atendendo à previsão da Constituição Imperial

<sup>44</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, op. cit., p. 25. Ainda invocando a lição de ULHOA, vale desfechar a questão, esclarecendo que “não compromete a autonomia do Direito Comercial a opção do legislador brasileiro de 2002 no sentido de tratar a matéria correspondente ao objeto desta disciplina no Código Civil. A autonomia didática e profissional não é minimamente determinada pela legislativa. Afinal, Direito Civil não é Código Civil; assim como Direito Comercial não é Código Comercial”.

<sup>45</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 68.

<sup>46</sup> Acerca do estudo do movimento de codificação do Direito Civil brasileiro, com maior profundidade, consulte-se: LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 86 ss.



de 1824 que determinava, em seu art. 18,<sup>47</sup> a elaboração de um Código Civil e outro Criminal), organizou um anteprojeto de Código, com quase cinco mil artigos (mais precisamente 4.608), tratando de forma avançada o Direito Civil, inclusive promovendo a unificação do direito privado.

Em razão das forças de resistência ao avanço dogmático da ciência, TEIXEIRA DE FREITAS abandonou o projeto, sendo convidados, em seguida, diversos juristas, dentre os quais NABUCO DE ARAÚJO, FELÍCIO DOS SANTOS e COELHO RODRIGUES, sem conseguir levar a uma conclusão legislativa a ideia codificadora. De qualquer forma, o *Esboço Teixeira de Freitas*, como ficou imortalizado o seu projeto, serviu como substrato para a elaboração do Código Civil argentino, por DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, em 1871, além de inspirar também o BGB alemão.

Finalmente, em 1899, o então Ministro da Justiça EPITÁCIO PESSOA, no Governo do Presidente CAMPOS SALLES, convidou o Professor de Direito Comparado, da Faculdade de Direito de Recife, CLÓVIS BEVILÁCQUA, para elaborar um novo Projeto de Código Civil. Aproveitando os projetos anteriores, o eminente jurista cearense concluiu seu Projeto de Código Civil em apenas oito meses, entregando-o ao Governo em outubro do mesmo ano.

Levado ao Congresso Nacional, o Senador RUY BARBOSA, apegado principalmente ao texto proposto, apresentou contundente crítica ao Projeto Bevilácqua, fazendo com que o texto do projeto tivesse longa tramitação no Congresso Nacional. Somente em 1916 o Código Civil foi aprovado, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917.

Como já se viu, a Codificação de 1916 nasceu influenciada pelo liberalismo então vigente, possuindo um cunho individualista. As transformações metajurídicas pelas quais passou a sociedade brasileira nos séculos XIX e XX, no entanto, exigiram uma revisão eficaz e a atualização do Código de 1916, que, na verdade, data de 1899.

Assim, após duas outras tentativas, em 1967 foi nomeada comissão de juristas para a elaboração de um novo Código Civil, coordenada pelo Professor MIGUEL REALE e composta pelos reconhecidos civilistas JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Direito da Empresa), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLÓVIS COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões).

Em 1972, essa comissão apresentou um anteprojeto, procurando preservar, o quanto possível, as disposições do Código de 1916. Em 1984, foi publicada no Diário do Congresso Nacional a redação do Projeto de Lei nº 634-B/75.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o projeto teve de ser atualizado, vindo a receber inúmeras emendas, com o propósito de promover sua adaptação à nova ordem constitucional.

<sup>47</sup> Art. 18, Constituição de 1824: “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal, fundados nas sólidas bases da justiça e equidade”.

Enfim, em 11 de janeiro de 2002, foi publicada, no *Diário Oficial da União*, a Lei nº 10.406, contendo um novo Código Civil para o Brasil, com *vacatio legis* de um ano,<sup>48</sup> após a sua publicação (CC, art. 2.044).

Crítica não se pode deixar de disparar ao *Codex* vigente, em razão da falta de debate, discussão, na comunidade jurídica, bem como pela falta de preocupação com os temas que, na atualidade, apresentam-se ainda sem regramento jurídico, como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, a importância do exame DNA na determinação da filiação, as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo (uniões homoafetivas), as consequências jurídicas da utilização da Internet (contratações, responsabilidade civil etc.), dentre outras.

Parece que o legislador pretende restabelecer a pureza técnica da codificação, sem perceber o contexto histórico, político e cultural do momento presente (dinâmico, complexo, plural, aberto, multifacetado e globalizado). Sobre o tema, vale invocar a página memorável do emérito Professor italiano STEFANO RODOTÀ, observando que é tarefa do jurista aproximar-se das ciências sociais (filosofia, economia, sociologia, antropologia, história...) para evitar a elaboração de um corpo de normas que, a despeito do rigor e da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade. Em eloquente imagem, RODOTÀ visualiza, em perfil tão bem aplicável ao nosso sistema legal, a figura de um legislador que apenas chancela as transformações sociais, sem as protagonizar, ganhando feição de um verdadeiro *tabelião da história*.<sup>49</sup>

Outra censura que se impõe apresentar diz respeito à violação do princípio da bicameralidade, durante a tramitação do projeto de lei que instituiu o Código Civil em vigor, especificamente na etapa final na Câmara dos Deputados, vulnerando o art. 65 da Constituição Federal.<sup>50</sup>

Vale a pena conferir a crítica, sempre lúcida, do nosso ORLANDO GOMES sobre o Código Civil vigente (ainda na fase de projeto de lei): “Não se tolera a mistificação de uma recodificação que não renova, nem avança. Se reforma se consente, é para que pelo menos sirva como fermento de ‘novos critérios de disciplina, de novas lógicas e de novas categorias interpretativas’, jamais para recauchutar ‘tradições esterilizantes e opressivas, já superadas pela História’”.<sup>51</sup>

Na realidade, no Código Civil de 2002, tudo o que é, de fato, novo ficou de fora, enquanto os pretensos avanços correspondem a soluções já acolhidas pela jurisprudência de há muito, especialmente após os avanços impostos pela Constituição de 1988.

<sup>48</sup> O Código Civil de 2002 ignorou a determinação do art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 95/98, prescrevendo que “as leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’”.

<sup>49</sup> Apud TEPEDINO, Gustavo. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”, op. cit., p. 343.

<sup>50</sup> Nesse sentido, a conclusão da Comissão responsável pelos Enunciados de Direito de Família e das Sucessões aprovados na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 11 a 13.9.2002, em Brasília.

<sup>51</sup> GOMES, Orlando. “A caminho dos microssistemas”, op. cit., p. 50.

Não se imagine, portanto, que o novo(?) Código Civil, talhado no auge da ditadura militar e sustentado, por conseguinte, em valores pertencentes a paragens distantes, perdidas em passado remoto e pouco saudoso, realize qualquer mudança substancial em sede civil. Ao revés, como já foi apontado noutra oportunidade, o Código Civil de 2002 “nasceu velho e, descompromissado com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas e problemas mais atuais do homem. Tome-se como exemplo o Livro do Direito das Famílias que desconhece o DNA e suas importantes influências na determinação da filiação, a pluralidade dos modelos familiares e o avanço da biotecnologia, dentre outros graves equívocos e omissões. Outrossim, ‘é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988’, como desfecha com mestria o genial GUSTAVO TEPEDINO (Revista Trimestral de Direito Civil 7:VI). Vale o exemplo da anulação de casamento com base no anterior defloramento da mulher – logicamente ignorado pelo marido – que já não tinha qualquer cabimento desde a CF/88 e tão invocado pelos defensores do Código Civil como grande e exuberante novidade”.<sup>52</sup>

Deixando de lado as (merecidas) críticas ao Código Civil de 2002, é de se registrar, de qualquer modo, as importantes consequências dele decorrentes, como a necessidade de adaptação de cada uma das categorias do Direito Civil à legalidade constitucional, concretizando um afastamento da preocupação com a proteção patrimonial para almejar a efetiva proteção da pessoa humana (o movimento de repersonalização das relações civis).

Em defesa da conveniência e oportunidade de edição da Codificação em vigor, MÁRIO LUIZ DELGADO é enfático ao destacar que a filosofia do Código de 2002 não é a mesma que inspirou o legislador em 1916: “O processo de recodificação não se compraz com o conceito oitocentista, que via no Código o centro de gravidade do direito privado, completo, total e globalizante[...] No cenário jurídico da pós-modernidade, hipercomplexo, caracterizado pela multiplicidade das fontes normativas, não haveria espaço para um código de pretensões globalizantes. Por isso é que a *recodificação*, tanto no Brasil, como em outros países, produziu novos códigos que, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, confessam a sua ‘incompletude’. Não mais códigos ‘globais’, embora pretendam ser códigos ‘centrais’, o que é bem diferente”.

E arremata com uma metáfora para a compreensão do papel do Código no campo do Direito Civil: “O Código atua como uma espécie de manual de Direito, passível, em tese, de ser consultado por qualquer cidadão. Um guia, uma espécie de ‘GPS legislativo’, oferecendo ao operador do direito coordenadas para que ele venha a encontrar o melhor caminho para a solução das lides nas quais seja chamado a intervir, ainda que esse melhor caminho esteja fora do próprio Código”.<sup>53</sup>

Realmente, a melhor compreensão contemporânea para o Código corresponde a esse pensamento, devendo se entender que o Direito Civil é muito mais amplo do

<sup>52</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. “Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil: uma viagem na proteção da dignidade humana”, *Jornal A Tarde*, Salvador, 14.11.2002.

<sup>53</sup> DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil brasileiro*, op. cit., p. 493.

que o Código Civil, envolvendo outras normas jurídicas de grande relevância para as relações privadas. Como exemplo disso é possível lembrar a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, dentre outras. A Codificação, portanto, nessa nova ambiência, tem de servir como um meio para a interpretação do Direito Civil, sem aprisionamentos e sem hierarquias valorativas em relação às outras normas.

## 6 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E OS SEUS PARADIGMAS (OS VALORES DA CODIFICAÇÃO BRASILEIRA)

### 6.1 Os paradigmas (ou diretrizes) do Código Civil de 2002

Como se pode perceber, o Código Civil de 1916, inspirado no liberalismo econômico que marcava aquele período histórico, tinha preocupação obsessiva pela proteção patrimonial. A propriedade privada e a liberdade contratual chegaram a merecer uma tutela absoluta, sem qualquer possibilidade de relativização.

Não é difícil notar que aquela perspectiva patrimonialista e individualista está em rota evidente de colisão com os ideais constitucionais trazidos pela Carta Cidadã de 5 de outubro de 1988.

Assim, necessariamente, o Código Civil de 2002 precisava se afastar dos valores (patrimonialismo e individualismo) que marcaram significativamente a Codificação que lhe antecedeu, buscando novos referenciais, mais próximos e antenados nos valores da Constituição da República, em especial dos direitos e garantias fundamentais.

Singrando esses mares, o Código Civil de 2002, abandonando a perspectiva patrimonialista, buscou proteger a pessoa humana no âmbito das relações privadas, estabelecendo três paradigmas a serem perseguidos: a *socialidade*, a *eticidade* e a *operabilidade*, também chamada de *concretude*.

Efetivamente, em cada espaço do Direito Civil há uma reserva para a aplicação desses paradigmas que, noutra medida, trazem nítida inspiração constitucional.

Vejamos a dimensão e estrutura de cada um desses paradigmas.

### 6.2 A socialidade

A socialidade é uma das grandes ambições do Código Civil. Para se assimilar o seu conceito e abrangência, é preciso recorrer a uma noção que informa toda a ciência jurídica: o significado da expressão *direito subjetivo*. O direito subjetivo é a própria senhora do querer, como uma expressão de liberdade. Pode ser conceituado como o poder de agir do indivíduo, concedido e tutelado pelo ordenamento, a fim de que possa satisfazer um interesse próprio, pretendendo de outra pessoa um determinado comportamento. Nesse passo, CABRAL DE MONCADA define o direito subjetivo como “poder concreto de

exigir dos outros o respeito das situações jurídicas que, quanto a nós, de qualquer modo se subjetivaram definitivamente por um acto da nossa vontade, manifestada ao abrigo da lei, e ainda o respeito de todas as consequências jurídicas que deste acto resultaram, sob a forma de deveres e obrigações para os outros”.<sup>54</sup>

Nos dois últimos séculos, fortemente influenciados pelo positivismo jurídico e individualismo liberal, os juristas compreendiam que a satisfação de um interesse próprio significava a busca pelo bem individual, pois a soma de todos os bens individuais consagraria o bem comum da sociedade. Os homens seriam individualmente considerados como uma realidade em si mesma e a sociedade não passaria de uma ficção. Não se cogitava da solidariedade, pois, a partir da vontade livre de cada indivíduo, seria possível alcançar a felicidade coletiva.

O individualismo desenfreado converte-se em egoísmo e, a reboque de ideais pretensamente libertários e de uma igualdade formal, as constituições burguesas do século XIX e início do século XX camuflam um sistema jurídico profundamente exclusivista, no qual apenas existem espaços para certos protagonistas, portadores de interesses patrimoniais.

Ocupava-se o Direito Civil, forjado no paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade, com a preservação patrimonial dos sujeitos de direito: o proprietário, o contratante, o marido e o testador. Todavia, os ordenamentos jurídicos posteriores à Segunda Guerra Mundial perceberam que a todo o direito subjetivo deverá necessariamente corresponder uma função social. Em sentido sociológico, falar em função significa imprimir uma correspondência entre uma atividade e as necessidades do organismo social. Toda atividade deverá contribuir para a manutenção da continuidade estrutural.

Transportando a ideia para o direito, o termo *função* significa *finalidade*. O ordenamento jurídico concede a alguém um direito subjetivo para que satisfaça um interesse próprio, mas com a condição de que a satisfação individual não lese as expectativas legítimas coletivas que lhe rodeiam. Todo poder de agir é concedido à pessoa, para que seja realizada uma finalidade social; caso contrário, a atividade individual falecerá de legitimidade e o intuito do titular do direito será recusado pelo ordenamento.

Existem, então, limites ao exercício de direitos subjetivos e eles serão dados pela sociedade. A partir do momento em que se instale a harmonia entre a autonomia privada da pessoa e o princípio da solidariedade social, haverá uma desejável conciliação entre a liberdade e uma igualdade material e concreta.

MARIA CELINA BODIN DE MORAES assevera que ao direito de liberdade da pessoa será sopesado o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio que se torna passível de exigibilidade. Destarte, a solidariedade “é a expressão mais profunda de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente,

<sup>54</sup> CABRAL DE MONCADA. *Lições de Direito Civil*, op. cit., p. 63.

a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”.<sup>55</sup>

Todo poder é concedido para a satisfação de um dever. Isso explica a recorrente utilização das expressões *poder-dever* e *direito-função*. Há uma relação de complementaridade entre a estrutura do direito subjetivo e a sua função social. Quer dizer, a função social não é um limite externo e negativo (restritivo) ao direito subjetivo. Pelo contrário, trata-se de limite interno e positivo. Interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e finalidade; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo.

É preciso muito cuidado para não incorrer em equívoco, abraçando uma falsa maneira de encarar o princípio da socialidade. Para alguns, seria o predomínio do social sobre o individual. Parece-nos que, se prevalecesse esse modo de construir o princípio, estar-se-ia abandonando o exacerbado individualismo do Código Civil de 1916 e inaugurando uma rota oposta, mas igualmente perversa, do coletivismo. Significaria que a coletividade seria a essência da sociedade, pois o indivíduo despersonalizar-se-ia em favor do todo. A pessoa não exercitaria direitos subjetivos frente à sociedade, pois ela apenas existe em razão do Estado e só a ela atribui-se o bem comum. Essa foi a construção dos sistemas totalitários, de direita ou de esquerda.

Em verdade, somente será possível captar o neologismo *socialidade* se for apresentada a definição de *bem comum*. É fundamental compreender que o ser humano possui direitos intangíveis e a sua personalidade preserva caráter absoluto, imune a qualquer forma de subordinação. A pessoa antecede ao Estado, e qualquer ordenamento jurídico civilizado será edificado para atender às suas finalidades. Assim, a sociedade será o meio de desenvolvimento para as realizações humanas.

Destarte, a plena realização do bem comum requer uma comunhão entre a plenitude da pessoa e da coletividade. Ora, só se cogita de direito quando houver relação jurídica, pois não há questionamentos jurídicos para o ser isolado. O homem é um ser social e não podemos cumprir nossos fins isoladamente; devemos cumpri-los em sociedade. O bem comum representará a conciliação de todos os que figurem na relação jurídica, sob pena de ela sucumbir.

O termo *bem* é conversível ao termo *finalidade*. Portanto, toda relação jurídica será pautada por uma finalidade comum. Exemplificando: nas relações de direito de família, quando sucumbe o bem comum, dissolve-se a sociedade conjugal. Em uma empresa, quando desaparece a finalidade comum dos sócios – *affectio societatis* –, a sociedade perece.

Em suma, pode-se abstrair e encontrar o paradigma da *socialidade* na atuação irretocável de uma orquestra. Cada membro da orquestra porta o seu instrumento, cada qual com uma finalidade. O maestro deverá reger sem a vaidade de sobrepor-se aos músicos, mas apenas para encaminhar a perfeita execução da harmonia, cujos limites

<sup>55</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. “O princípio da Solidariedade”, op. cit., p. 178.



encontram-se na partitura. Traduzindo: o Estado está a serviço da pessoa, ele existe para possibilitar as nossas relações, através da construção de princípios jurídicos éticos. Em contrapartida, cada um de nós deverá atuar em solidariedade e cooperação com os semelhantes.

De há muito já assinalava o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, o bem comum, nas relações civis, traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses (particulares) diversos e recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade de cada parte.

A socialidade, ou função (fim) social, consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade, com o propósito de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica.

Exemplos de socialidade podem ser percebidos no Código Civil de 2002 nos arts. 421 (*função social do contrato*) e 1.228 (*função social da propriedade*), explicitando que cada um desses institutos (contrato e propriedade) devem estar vocacionados a alcançar o *bem-comum*.

### 6.3 A eticidade

A *eticidade* é o segundo paradigma do Código Civil de 2002. Aqui, por igual, é possível vislumbrar um grande abismo entre o que projeta o Código Reale e o que projetou o Código Beviláqua.

O termo *ética* pode ser entendido com a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada. Cogita do ideal para o qual o homem dirige-se por natureza e, por conseguinte, da essência do homem.

O Código Civil de 1916 abdicou de questionamentos éticos, pois fora fortemente influenciado pelo formalismo jurídico da Europa do século XIX. Todas as correntes formalistas (positivismo e criticismo) estudavam o Direito com base em suas manifestações, exteriorizações, mas se negavam a perquirir o seu conteúdo. Em outras palavras, a ciência do Direito era limitada à sua forma (aparência), sem que se indagasse a respeito de um fundamento axiológico que a consubstanciasse. Volvendo a visão, vale lembrar que o Código Civil francês de 1804, que tanto nos inspirou, buscava reduzir o direito ao corpo do Código, mediante um sistema jurídico hermético que pretendia a plenitude das relações entre os privados. Célebre é a advertência de DEMOLOMBE: “Eu não conheço Direito Civil, eu ensino o código de Napoleão”. O magistrado se converte em autômato, em amanuense da lei, pois o Estado fornece a certeza mediante monopólio do direito.

Certamente, havia um receio quanto ao arbítrio e à parcialidade dos juízes, fruto de séculos de privilégios da nobreza. Por trás dessa ideologia, porém, ocultava-se a intenção da burguesia emergente da estabilização de regras seguras que não perturbassem

o comércio jurídico e o desenvolvimento da atividade capitalista. Aliás, parece-nos que a técnica da subsunção – imbuída de proposital rigidez – servia perfeitamente como autoritário modelo de imposição de ideais de determinada classe. Assim, no que tange à ampliação da noção de direito positivo, mediante a sua abertura para valores que não se encontram expressos em textos jurídicos, adverte PIETRO PERLINGIERI que “a ideologia da subsunção consentiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina”.<sup>56</sup>

Essa postura formalista do Direito atingiu o máximo de rigor na *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen. A pureza do método consiste em restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador, isolando-o de influxos valorativos ou éticos, que seriam estranhos a uma ciência. Em outras palavras, os códigos positivistas não permitem a determinação do que é justo ou injusto, sendo suficiente a técnica legislativa e a emanção da norma por iniciativa de uma autoridade competente.

Por isso, o Código Civil de 1916 forjou um sistema fechado, que não admitia o ingresso do metajurídico, através de valores sociológicos e filosóficos, capazes de oxigenar o ordenamento jurídico. Em verdade, a técnica positivista de reduzir a ciência do Direito às emanções do direito positivo legislado prestou grandes serviços às classes dominantes, na medida em que o ordenamento posto correspondia aos seus ideais, sendo que, no momento da aplicação da norma ao caso concreto, os magistrados agiam como verdadeiros autômatos, pois se limitavam ao método exegético da subsunção do fato à norma, sem qualquer espaço para a criação do Direito. Em suma, o Direito era sinônimo de Estado, pois nele se concentrava o monopólio da lei.

Todavia, a assepsia e a neutralidade da norma diante dos valores geraram o maior atentado praticado, em face da especial dignidade da pessoa humana. Em nome do Direito, injustiças e atrocidades foram cometidas pelo Estado nazifascista, suprimindo-se os direitos da personalidade de toda uma comunidade, com justificativa em uma ordem jurídica apoiada em um poder legitimamente constituído.

Esse foi um marco na história da evolução do Direito. A partir daí, as Constituições e Códigos perceberam que existem valores que brotam da natureza humana como expressão da consciência universal de toda a humanidade. O valor justiça deverá determinar o conteúdo de qualquer ordenamento jurídico. O Direito vale e obriga não pela sua ligação com a forma, mas pela justiça de seu conteúdo. Existe um Direito Natural que representa, frente ao Direito Positivo, o fim que esse deva aspirar.

Ora, se a ética é a ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada, temos que, no Direito, o ideal para o qual uma sociedade orientará os seus fins e ações será justamente na afirmação livre e racional do valor justiça. O ordenamento jurídico é um elemento de luta e afirmação de justiça. Entre o direito-técnica e o direito-ética, deverá prevalecer a força do Direito sobre o Direito força. Enfim, *o Direito é uma técnica a serviço de uma ética*.

<sup>56</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, op. cit., p. 68.



A grande indagação será, então, a seguinte: como a eticidade penetrará e se apresentará no Código Civil de 2002? A resposta vem com vigor: através da técnica das cláusulas gerais, transformando-se o ordenamento privado em um sistema aberto e poroso, capaz de captar o universo axiológico que lhe fornece substrato.

As cláusulas gerais são normas intencionalmente editadas de forma aberta pelo legislador. Possuem conteúdo vago e impreciso, com multiplicidade semântica. A amplitude das cláusulas gerais permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado, de forma que o ordenamento jurídico mantenha a sua eficácia social e possa solucionar problemas inexistentes ao tempo da edição do Código Civil.

Por simultaneamente guardar concisão em palavras e amplitude em significado, vale invocar o conceito de cláusulas gerais fornecido por GUSTAVO TEPEDINO: “Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas”.<sup>57</sup>

A adoção das cláusulas gerais como normas emblemáticas em todos os setores do Código é uma clara demonstração da afirmação de outras formas (fontes) de manifestação do Direito, para além da fonte legislativa. O Direito pode exteriorizar-se da fonte jurisdicional, da fonte dos costumes e da fonte do negócio jurídico, como emanção da autonomia privada. Evidentemente, a lei não cria o Direito. Ele não é produto de laboratório, mas da experiência humana acumulada nas relações sociais, que será captada pelo ordenamento jurídico.

Note-se que a técnica das cláusulas gerais conviverá com a tradicional técnica regulamentar – de legislar-se à exaustão. Mas ela penetrará em setores fundamentais do ordenamento, conferindo mobilidade ao sistema e servindo de referência à aplicação das demais regras. Basta remeter o estudioso aos arts. 11, 113, 187, 421, 422, 884, 927, 1.228 e 1.511 da Lei Civil de 2002 para enxergar, com clareza meridiana, exemplos de cláusulas gerais.

Sobreleva, então, uma compreensão do Direito como linguagem. Não aquela do legislador que falou ao tempo da edição da norma, mas a linguagem dos destinatários, a quem se dirigirá a norma. O drama dos sistemas fechados consiste justamente em utilizar uma linguagem que ninguém entende, exceto o legislador de tempos antes. Ademais, não ser compreendido corresponde a nada falar. Daí que o juiz perseguirá o significado jurídico da norma segundo valores, jamais o significado histórico ou psicanalítico.

Se não forem aplicados os enunciados normativos às situações da vida, cairemos no mesmo dilema do rádio cujas antenas não captam as emissoras: perderá toda e qualquer utilidade. Aliás, a técnica da mera subsunção, com rígida aplicação do texto da lei, provoca o obsoletismo da norma e a inflação legislativa. A Lei de Introdução às

<sup>57</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002”, op. cit., p. XIX.

Normas do Direito Brasileiro aduz que ninguém pode alegar ignorância para escusar-se do cumprimento da lei. Será isso viável em um Estado que possui 1 milhão e 500 mil atos normativos em vigor; 120 mil decretos e de 15 a 17 mil leis (entre ordinárias, complementares e delegadas)? Pois bem, através das cláusulas gerais, permite-se uma heteronomia na criação do Direito, pois ao Legislativo incumbirá o monopólio da redação da norma, sendo que o Judiciário realizará uma interpretação construtiva. A ausência de rigidez na formação das previsões normativas permite a dinamicidade do sistema e um grande espaço para a ponderação de critérios. Na medida em que as normas abertas são concretizadas por uma iterativa jurisprudência, se convertem em precedentes que se aplicarão a hipóteses de incidência análogas.

As cláusulas gerais permitem a aplicação da *Teoria Tridimensional do Direito*, construída por MIGUEL REALE, uma vez que haverá uma dialética entre a norma, o fato e os valores. A norma será o fato valorado pelo magistrado em consonância aos princípios constitucionais. O magistrado exercerá a vital tarefa de, periodicamente, construir e reconstruir a norma, segundo o valor justiça. Nunca se esqueça o bom exemplo que se pode extrair da Constituição norte-americana que, em linguagem usual, é aquilo que os juízes dizem que ela é.

Nesse sentido, o próprio MIGUEL REALE criticava o Código Civil de 1916 pelo excessivo rigorismo formal, como se na experiência jurídica imperasse o princípio de causalidade, próprio das ciências naturais. O arquiteto do Código Civil de 2002 remetia, então, à fundamentalidade da diretriz da eticidade para, mediante as cláusulas gerais, “prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa”.

Na estrutura do Código Civil em vigor, o paradigma da *eticidade* pode ser vislumbrado em diversas passagens, sempre iluminadas pela ideia de construção de uma solução concreta e, principalmente, por meio das cláusulas gerais. Veja-se, como exemplos disso, a boa-fé objetiva (CC, art. 422) e o abuso do direito (CC, art. 187).

## 6.4 A operabilidade ou concretude

*In fine*, o paradigma da operabilidade ou da concretude, que também inspira a Codificação Reale.

O Código Civil de 1916 seguia uma ideologia marcadamente individualista, na qual a vontade humana poderia atuar com total liberdade. Para que a liberdade econômica fosse plena, a legislação apreciava cada integrante de uma relação jurídica como um *abstrato sujeito de direitos patrimoniais*.

Constata-se que a perspectiva clássica concebeu a personalidade como a aptidão para a aquisição de direitos subjetivos patrimoniais, um sinônimo para a capacidade de direito. O discurso jurídico foi incapaz de alvitrar o valor do ser humano concreto que se encontra subjacente ao indivíduo abstrato e categorizado em seu perfil econômico de proprietário ou contratante. O desenvolvimento da personalidade era, até então,

fruto da expansão do patrimônio, e não do respeito e estímulo à essência e à dimensão inerentes a cada um de nós.<sup>58</sup>

Em suma, negava-se a especificidade e a concretude de cada pessoa, de cada ser humano, prestigiando-se apenas o *status* formal de cada integrante da relação jurídica. Não havia João ou Maria, mas o contratante, o proprietário, o cônjuge; todas pessoas neutras e indiferentes, bem caracterizadas nos clássicos exemplos que faziam menção a Caio, Tício e Mévio. Equivale a dizer: o Direito Civil ignorava as particularidades de cada pessoa, tratando a todos como se fossem rigorosamente iguais. A norma, enfim, aplicava-se genericamente a quem quer que se titularizasse em uma determinada situação patrimonial.

O Código Civil de 2002 guarda outras pretensões. Afinado com a centralidade do ser humano no ordenamento jurídico constitucional, pretende demonstrar que, de forma subjacente ao indivíduo abstrato dos Códigos liberais, existe uma pessoa concreta, que deve ser examinada em suas múltiplas peculiaridades, que a distinguem de qualquer outro na espécie.

Daí o acerto da inserção do termo *pessoa* no art. 1º do Código Civil: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O objetivo atual do ordenamento jurídico é alcançar a pessoa como destinatária direta da norma, verificando-se a “ética da situação”, na conhecida acepção de KARL LARENZ. As desigualdades materiais e o contexto real da pessoa serão decisivos para que a sentença consiga “dar a cada um o que é seu”. Teremos a chamada *norma do caso*, que propiciará a verdadeira segurança jurídica ao jurisdicionado. Aliás, não podemos confundir segurança com imobilismo (engessamento que era típico da estrutura do Código Civil de 1916).

Para tanto, o legislador não mais exercita o preciosismo gramatical do Código Beviláqua. As novas normas perdem em estética, mas ganham em efetividade, pois adquirem o atributo cirúrgico da precisão. O direito não existe para ficar na altura das abstrações, mas sim para ser executado, com praticidade.

O Código Civil deseja afastar toda a forma de conceituação estéril que não revele efetividade. É preciso, verdadeiramente, se desvincular da velha herança francesa de preencher o desenho da norma em todos os seus poros. Muitas vezes, a prática de conceituar é uma forma de esconder a nossa própria ignorância, ou um temor de trabalhar com modelos abertos e mutáveis.

A diretriz da concretude também atua em outro nível, o da operabilidade. Propugna ela por rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos. Como adverte BOBBIO, o século XX foi a “era dos

<sup>58</sup> A metodologia civilística do século XIX tem uma de suas mais amplas expressões na teoria do patrimônio, cunhada por AUBRY E RAU. Para eles, “do patrimônio, sendo a emanção da personalidade e a expressão do poder jurídico de que uma pessoa encontra-se revestida como tal, resulta: que toda pessoa tem necessariamente um patrimônio, mesmo que não possua atualmente nenhum bem” (Apud CUNHA, Alexandre dos Santos. “Dignidade da pessoa humana”, op. cit., p. 237).

direitos”, e o século XXI pretende-se como a “era da efetividade dos direitos”, pois eles existem para ser exercitados. Nessa linha, nada mais evidente do que a nova abordagem da prescrição e da usucapião, assim como a autoexecutoriedade das obrigações de fazer e não fazer. Em outros termos, o magistrado será um homem do seu tempo e meio. Caberá a ele a valoração do fato, mediante ponderação das características dos seus artistas e a natureza da atividade econômica desempenhada.

A busca da facilitação da distinção entre prescrição e decadência, tornando mais fácil operar tais institutos, pode servir como exemplo da busca da concretude (operabilidade) no Código Civil de 2002.

## 7 CONCEITO (CONSTITUCIONALIZADO) DE DIREITO CIVIL E A SUA SISTEMATIZAÇÃO

Inserido no âmbito do direito privado (embora seja incontroversa, como visto, a sua *constitucionalização*), o Direito Civil sempre foi considerado o grande ramo da ciência jurídica, desde a Antiga Roma.

Etimologicamente, Direito Civil vem do latim *cives* (cidadão) e se dirige à regulamentação das relações sociais travadas entre as pessoas, desde o nascimento (e mesmo antes dele, especialmente na atualidade, por conta das descobertas científicas e do avanço da tecnologia) até a morte (e, inclusive, depois dela).

É o ramo do direito privado tendente a reger as relações humanas. Enfim, é o direito comum a todas as pessoas, disciplinando o seu modo de ser e de agir. É, pois, o direito da vida do homem.

Desde atos simples e banais, como dar esmola, até situações jurídicas mais complexas, como o casamento ou a compra e venda de um imóvel, o Direito Civil está presente. Daí a ponderação de MARIA HELENA DINIZ, no sentido de que “toda a vida social está impregnada do Direito Civil”.<sup>59</sup>

Sintetizando, com a feliz expressão do Professor fluminense FRANCISCO AMARAL, o Direito Civil “é o conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada. É o direito privado comum, geral ou ordinário. De modo analítico, é o direito que regula a pessoa, na sua existência e atividade, a família e o patrimônio”.<sup>60</sup>

Identicamente, para LEONI LOPES DE OLIVEIRA, é o Direito Civil “que estuda e regula as pessoas e os bens, bem como as relações pessoais e patrimoniais entre particulares”.<sup>61</sup>

Não se pode negar, entretanto, o importante avanço tecnológico e científico pelo qual passam todas as sociedades modernas e que impõe, natural e consequentemente,

<sup>59</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 46.

<sup>60</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 105.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 73.

alterações nas concepções jurídicas vigentes no sistema. Novos tempos, mais do que logicamente, exigem uma nova concepção jusfilosófica sobre a Ciência do Direito, especialmente o Direito Civil.

Um direito poroso, aberto, sensível aos avanços que a tecnologia e a capacidade intelectual do homem impuserem e eficaz para regular os novos conflitos que se descorrinam. *Este o Direito Civil contemporâneo, forjado na legalidade constitucional, com o propósito de se moldar a cada tempo e lugar, na busca da garantia da dignidade do homem – por quem e para quem foi criado.*

Por isso, insista-se na ideia de que a fonte primária do Direito Civil – e de todo o ordenamento jurídico – é a Constituição da República, que, com os seus princípios e as suas normas, confere uma nova feição à ciência civilista.

O Código Civil é, logo após a incidência constitucional, o diploma legal básico na regência do Direito Civil. Ao seu lado (e sem relação de subordinação ou dependência), figuram inúmeras leis esparsas, extravagantes, que, minudentemente, disciplinam questões específicas. São, por exemplo, a Lei nº 8.009/90 – Lei do Bem de Família legal, a Lei nº 8.245/91 – Lei de Locações de Imóveis Urbanos, a Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem, a Lei nº 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais, dentre outras.

Por se tratar do ramo ao qual se confere a regulamentação da vida privada (das relações jurídicas sem a presença do interesse do Poder Público), disciplinando relações jurídicas entre pessoas particulares, apresenta-se o Direito Civil vocacionado, precipuamente, para regular a vida do homem: desde antes do nascimento até mesmo depois de sua morte, a pessoa está submetida ao regramento do Direito Civil. É, enfim, o ramo da ciência jurídica que normatiza a vida privada.

Sob o ponto de vista estrutural, o Direito Civil está dividido em dois diferentes campos: a parte geral e a parte especial.

A partir disso, após apresentar, na chamada *parte geral*, os elementos componentes de uma relação jurídica, sobre os quais se assenta toda a base de uma relação privada (são, em visão simplificada, os conceitos fundamentais relativos ao sujeito, ao objeto e ao fato propulsor de uma relação jurídica, aqui transformados em *peessoas, bens e fatos jurídicos*), cuida o Direito Civil da *parte especial* – dividida, por seu turno, em *relações de trânsito jurídico*, atinentes à circulação de riquezas (estudadas pelo *Direito das Obrigações*, incluindo a *Teoria Geral das Obrigações*, o *Direito Contratual* e a *Responsabilidade Civil*), às titularidades (ou seja, às relações apropriativas, que são disciplinadas pelos *Direitos Reais*) e, por derradeiro, às relações de afeto (que tocam ao *Direito das Famílias* e ao *Direito das Sucessões*).<sup>62</sup>

A *parte geral* do Direito Civil cuida, nessa ordem de ideias, dos elementos fundamentais da relação jurídica civil, traçando normas pertinentes às *peessoas* (naturais ou jurídicas), suas relações para com os *bens* e, finalmente, os *fatos jurídicos* consubstanciados

<sup>62</sup> Relembre-se que o Código Civil, uma das normas que estruturam o Direito Civil, contém um capítulo dedicado ao Direito de Empresa, apesar da autonomia e independência desse ramo da ciência jurídica.

por elas. Reveste-se de grande importância porque trata dos conceitos básicos, elementares, que serão utilizados na *parte especial*.

Já a *parte especial* diz respeito, por sua vez, às relações privadas em concreto, específicas. Note-se que, na *parte especial*, o Direito Civil cuida dos três diferentes setores em que se desenvolvem as relações privadas: a circulação de riquezas, as titularidades e o afeto. Aqui, poderia se arriscar a dizer, parodiando a fina argúcia de NELSON RODRIGUES, seria a *vida como ela é*.

As relações de crédito e débito, objeto do *Direito das Obrigações*, constituem, por certo, a base da vida econômica dos indivíduos, cuidando do elemento dinâmico do direito patrimonial, tendo por objeto a cooperação das pessoas por meio de condutas pessoais tendentes à prestação de serviços ou circulação de bens dotados de economicidade. O *Direito das Coisas*, por sua vez, refere-se à projeção imediata na ordem jurídica da possibilidade que toca a todas as pessoas de exercer o poder de afetação sobre as coisas. Isto é, permite à pessoa usar, gozar, dispor livremente, de modo exclusivo, e reivindicar de quem injustamente detenha bens e valores de conteúdo econômico. O *Direito das Famílias*, por seu turno, retrata o conjunto de normas e princípios que disciplinam e organizam as relações oriundas do casamento, da união estável, das famílias monoparentais (comunidades de pais e seus filhos) e dos demais núcleos familiares (como, por exemplo, as uniões homoafetivas),<sup>63</sup> bem como o parentesco, a obrigação

<sup>63</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4277/DF, afirmou, por unanimidade, que as uniões de pessoas do mesmo sexo possuem natureza de entidade familiar e, por isso, estão protegidas pelas regras do Direito das Famílias. Confira-se:

“3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. *Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.* Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). *Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.* Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar



alimentícia e os institutos protetivos da tutela e curatela. Já o *Direito das Sucessões* cuida do fenômeno sucessório em razão da morte do titular de um patrimônio. Trata da substituição da pessoa, em razão de sua morte, na titularidade de seu patrimônio, pelas pessoas indicadas em ato de última vontade (testamento, art. 1.857, CC) ou por força de determinação legal (ordem de vocação hereditária, art. 1.829, CC).<sup>64</sup>

Em visão simbólica, o Direito Civil poderia ser comparado a um grande condomínio, composto por três diferentes prédios, todos construídos a partir de um sólido e fecundo terreno. Pois bem, o terreno fértil onde foram edificadas os três diferentes prédios é, comparativamente, a *parte geral* (que estabelece os elementos fundantes da relação jurídica privada). A partir dessa terra fértil, se edificam distintos prédios, com cores e matizes distintos, correspondendo às relações obrigacionais, às relações reais e às relações afetivas.

## 8

### O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL (A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL)

À primeira vista, poderia parecer dispensável a inserção de um item para tratar do tema em epígrafe, afinal de contas é certo e indubitado que a Constituição da República é a norma suprema do sistema jurídico brasileiro, devendo-lhe obediência, formal e material, todos os demais atos normativos, sob pena de se lhes reconhecer a inconstitucionalidade, com a consequente expulsão do sistema.

A posição de supremacia da norma constitucional é indubitosa. “A Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes, precedendo, na ordem, [...] as leis ordinárias (e, portanto, os códigos, que são leis ordinárias, incluindo o Código Civil)”, na perspicaz observação de PIETRO PERLINGIERI.<sup>65</sup>

No entanto, tratando-se do sistema jurídico de um país no qual, historicamente, o desrespeito à norma constitucional se fez costumeiro, motivos diversos levavam ao

---

o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia *entidade familiar*, não pretendeu diferenciá-la da *família*. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. *A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo*. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. *Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos*. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ [...] *Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*” (STF, Ac. Unân., Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, DJe 14.10.2011).

<sup>64</sup> Assim, faça-se referência à obra de FRANCISCO AMARAL. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 138 ss.

<sup>65</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, op. cit., p. 4-5.

reconhecimento de verdadeiro desprezo das potencialidades da norma constitucional como fonte de um direito vivo, próximo da realidade social brasileira.

Com aguçado senso crítico, o eminente LUÍS ROBERTO BARROSO, ao tratar sobre a efetividade das normas constitucionais, dispara: “A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. *A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições*”.<sup>66</sup>

Assim, proclama-se, não sem razão, que a Constituição da República de 1988 promoveu uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da *cidadania* como elemento propulsor.

A partir dessa incontestada supremacia, o esforço interpretativo da doutrina detectou a necessidade de: (i) uma releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos (como o direito de propriedade e o contrato), (ii) elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, porém dinâmicas, vivas, presentes na vida social, como, por exemplo, a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar) e (iii) uma interação estreita entre diferentes campos da ciência jurídica (a superação da velha dicotomia do direito, já aludida anteriormente).

Dúvida inexistente, por outro lado, que o Direito Constitucional afastou-se da ciência política e avizinhou-se das necessidades humanas reais, concretas, procurando afirmar uma fecunda teoria constitucional.

Não se olvide que, outrora, quando estávamos sob a égide da Codificação de 1916 – resultante das concepções *individualista* e *voluntarista* oitocentistas, incorporadas pelas codificações dos séculos XIX e XX, sob a influência do *Code de France* (Código Napoleônico) e do *BGB* alemão –, o Direito Civil esteve liberto da incidência da norma constitucional. O Direito Constitucional se restringia a cuidar da organização política e administrativa do Estado, relegando para o Código Civil a tarefa de disciplinar as relações privadas. Naquela época, o Direito Civil aspirava o aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se, assim, a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo à legislação privada nítida feição *patrimonialista*.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, op. cit., nota prévia, p. X.



Ao Código, pois, conferia-se a missão de garantir a estabilidade das atividades privadas. Era o “mundo da segurança”, na síntese de STEFAN ZWEIG.<sup>67</sup>

Não podia ser diferente, em razão do momento histórico em que foram talhados os conceitos e ideias que permearam o Estatuto Civil de 1916, nascidos sob a égide do liberalismo econômico, buscando proteger os direitos e liberdades do indivíduo contra as ingerências do Estado.

Nessa trilha, preocupava-se em regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito (o contratante, o proprietário, o marido e o testador) em todas as suas dimensões. O Código almejava a completude, pretendia reger todas as situações jurídicas de interesse da pessoa humana. Ou seja, a Codificação Civil de 1916 pretendia se consagrar como verdadeira “constituição do direito privado”.<sup>68</sup>

O equívoco dessa concepção, ainda adotada por alguns,<sup>69</sup> é evidente, por relegar a norma constitucional, situada topologicamente no vértice do sistema, a elemento subsidiário de integração, aplicável na ausência de norma específica e depois de frustrada a tentativa interpretativa, pelos meios previstos na Lei de Introdução ao Código Civil, deflagrando uma evidente *subversão hermenêutica*.<sup>70</sup>

O quadro desenhado pelo *individualismo oitocentista*, no entanto, começa a ser redefinido, gradativamente, na Europa, no início do século XX, chegando ao Brasil a partir da década de 1930, através de diferentes fenômenos, como a intervenção do Estado na economia e a restrição da autonomia privada (o chamado dirigismo contratual).

Ao lado disso, intensifica-se o processo legislativo em matéria civil, quebrando o caráter fechado, monolítico, do Código Civil, com a formação de microssistemas jurídicos. É o fenômeno conhecido como *descodificação do direito civil*, com a retirada de matérias inteiras da esfera codificada, passando a estar disciplinadas em diplomas legais específicos, como no exemplo do Estatuto da Mulher Casada, da Lei nº 4.591/64 – regulando as incorporações e condomínios, a Lei nº 6.015/73 –, Lei de Registros Públicos, dentre outros.

Houve, efetivamente, um deslocamento do centro nevralgico do Direito Civil de um centro codificado monolítico para uma realidade fragmentada e pluralista, através de estatutos autônomos, situados hierarquicamente ao lado da Codificação e não submissos a ela. A crise nas fontes normativas do Direito Civil se completa quando se

<sup>67</sup> Apud TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 3.

<sup>68</sup> Como bem observa GUSTAVO TEPEDINO, se, de um lado, o direito privado não regravava as relações do Poder Público, por outro lado, “o direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o código civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”. Cf. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 3.

<sup>69</sup> A esse respeito, o Professor MIGUEL REALE, coordenador geral do Projeto n. 634-B/75, convertido posteriormente na Lei nº 10.406/02 (novo Código Civil), em seu artigo Visão geral do Projeto de Código Civil, faz referência à nova codificação como a “constituição do homem comum”, asseverando que a mesma representa uma das duas leis fundamentais de um país, sendo a outra a Constituição da República. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 17.1.2003.

<sup>70</sup> A expressão é utilizada por TEPEDINO, mente pulsante da Escola de Direito Civil-Constitucional, em sua obra *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, op. cit., p. 3.

agrega ao Direito Civil o conjunto de normas supranacionais formado pelos tratados, convenções e pactos internacionais, além de regulamentos de mercados regionais, estabelecendo normas humanitárias, acolhidas pelo sistema jurídico brasileiro.

Esse panorama resultante da desconstrução do sistema monolítico do Código Civil, a partir do pluralismo não só legislativo, mas também social (oriundo do *welfare state*), exigindo-se um direito civil mais próximo dos dramas e dimensões da vida moderna, mereceu do notável mestre baiano ORLANDO GOMES a advertência de que “o Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação aos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e completude. Suponho que jamais conseguirá recuperá-las”. E conclui magistralmente: “A menos que se dê outro sentido ao vocábulo *Código*, não há como salvá-lo”.<sup>71</sup>

Com idêntico raciocínio, na doutrina alienígena, NATALINO IRTI disparava que “o nosso tempo não é tempo de novas codificações, nem de reformas gerais, com as quais se logre mudar a estrutura e a função do Código vigente”.<sup>72</sup>

Na medida em que se detectou a erosão do Código Civil, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas para o Texto Constitucional. Assumiu a Carta Magna um verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites da autonomia privada, da propriedade, do controle de bens, da proteção dos núcleos familiares etc.<sup>73</sup>

Explica DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR que “a partir da segunda metade do Século XX, e no Brasil particularmente com o advento da Constituição de 1988, surge o fenômeno da *constitucionalização do Direito Civil*, com a sujeição de suas normas e institutos aos princípios e regras constitucionais. De fato, valores constitucionais como *dignidade da pessoa humana*, *solidariedade social* e *igualdade substancial* marcam decisivamente a mudança do Direito Civil contemporâneo”.<sup>74</sup>

Enfim, *o papel unificador do sistema jurídico, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto noutros temas de relevância pública, é desempenhado pela norma constitucional*.<sup>75</sup>

“Que as normas constitucionais, e particularmente o rol dos direitos e garantias individuais, possuam direta eficácia nas relações de direito civil parece pouco a pouco constituir um consenso para a melhor doutrina, animada sobretudo pelos debates doutrinários desenvolvidos na Alemanha, na Itália e em Portugal, nos últimos trinta anos”, consoante a preleção de GUSTAVO TEPEDINO.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. “A caminho dos microssistemas”, op. cit., p. 45 e 50.

<sup>72</sup> IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*, op. cit., p. 27.

<sup>73</sup> Chegam a idêntica conclusão: ORLANDO GOMES. “A caminho dos microssistemas”, op. cit., p. 46; GUSTAVO TEPEDINO. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 7; LUIZ EDSON FACHIN. *Teoria Crítica do Direito Civil*, op. cit., p. 21 s; e PIETRO PERLINGIERI. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, op. cit., p. 4.

<sup>74</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 56.

<sup>75</sup> Com esse pensar, PIETRO PERLINGIERI. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, op. cit., p. 6.

<sup>76</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”, op. cit., p. 323.

Até mesmo porque o Código Civil não poderia, em face de sua posição hierárquica, promover com princípios estáveis as necessidades do homem moderno. É que o cidadão indiferenciado, que a Lei Civil de 1916 tomou por modelo, é, na pós-modernidade, cidadão qualificado e concreto, merecedor de proteção real. É o consumidor, a criança e o adolescente, o idoso, o deficiente físico, enfim, a pessoa humana! A Constituição da República, então, apresenta nova tábua axiomática, informando com princípios e normas as relações privadas, determinando, por conseguinte, as vigas de sustentação do sistema de direito privado, reunificando o sistema civilista.

Não que institutos do Direito Civil tenham passado a constituir matéria de direito público, mas, sim, porque ganharam, em sua essência, uma regulamentação fundamental em sede constitucional.

Assim, a *Lex Mater* salvou o Código Civil (e o Direito Civil como um todo) de uma morte inexorável, permitindo sua oxigenação, abrindo a norma civil para um mundo real, palpável, concreto – que reclama e exige uma tutela jurídica adequada às suas necessidades prementes e presentes. Como percebeu LUIZ EDSON FACHIN, “da morte por asfixia se salvou o Direito Civil contemporâneo ao abrir-se para além da neo-exegese”.<sup>77</sup>

“O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes”.<sup>78</sup>

A esse novo sistema de normas e princípios, reguladores da vida privada, relativos à proteção da pessoa, nas suas mais diferentes dimensões fundamentais (desde os valores existenciais até os interesses patrimoniais), integrados pela Constituição, define-se como *Direito Civil-Constitucional* (ou *Direito Civil constitucionalizado*).<sup>79</sup>

Importante salientar que, ao contrário do que afirma parcela respeitada da doutrina, a constitucionalização do Direito Civil não implica (simplesmente) estabelecer limites externos à atividade privada. Não se trata apenas disso. É muito mais. A Constituição Federal de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado internamente, em seu conteúdo.

Trata-se, pois, de uma alteração na estrutura intrínseca dos institutos e conceitos fundamentais de Direito Civil, reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma

<sup>77</sup> FACHIN, Luiz Edson. “A ‘reconstitucionalização’ do Direito Civil Brasileiro: Lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”, op. cit., p. 19.

<sup>78</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 7.

<sup>79</sup> Nessa mesma esteira, detecta-se a definição de JOAQUÍN ARCE Y FLOREZ-VALDEZ, destacando ser o Direito Civil-Constitucional “o sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa e nas suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídicas privadas gerais” (*El Derecho Civil Constitucional*, op. cit., p. 178).

redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição cidadã.

Enfim, afirmar a prevalência da perspectiva constitucional exige não apenas uma interpretação da norma civil em conformidade com a Constituição da República, porém, mais ainda, “com a metódica constitucional própria dos direitos fundamentais”, como percebe GERALDO PRADO.<sup>80</sup>

Ou seja, é mister compreender a estrutura interna da norma civil (o seu conteúdo) a partir da legalidade constitucional, modificando, se preciso, seus contornos e consequências para que estejam antenados com a perspectiva constitucional.

Tome-se como exemplo a propriedade privada. Compreendê-la a partir da legalidade constitucional, especialmente da regra dos arts. 5º e 170, significa afirmar a existência de novo conteúdo, afirmado pela função social como motor de impulsão. Ou seja, só há propriedade privada se atendida a função social. Difere, pois, de afirmar que a *Lex Mater* apenas teria imposto limites externos (a função social) à propriedade privada, que se manteria com o mesmo conteúdo. Exatamente com esse espírito, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR, eminente civilista amazonense, esclarece com precisão: “A função social não é apenas um limite do direito de propriedade, mas integra o próprio conteúdo desse direito”.<sup>81</sup>

Em eloquente passagem, PALOMA SANTANA MODESTO explica que agora significa dizer que “o juiz das relações privadas é o juiz da Constituição; não a Constituição em sentido formal e sim uma visão substancial da Constituição”.<sup>82</sup>

Em linha de coerência com o que se afirma, é de se perceber que os problemas atuais (muito polêmicos e controversos) que permeiam a civilística reclamam solução a partir dos princípios constitucionais e da valorização existencial da pessoa humana. A possibilidade de mudança do registro civil do transexual, a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva), a clonagem de seres humanos, a permissão para experimentos científicos em corpos humanos... exigem interpretação afinada com o toque da *dignidade humana* e da *igualdade substancial*. Do contrário, haverá verdadeiro espancamento da regra constitucional, subvertendo o sistema.

Há interessante precedente jurisprudencial que se colhe no Superior Tribunal de Justiça para ilustrar a necessária compreensão do Direito Civil à luz da legalidade constitucional. Trata-se da restituição de valores cobrados indevidamente de um correntista por uma instituição financeira, cuja restituição veio a ser determinada

<sup>80</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, op. cit., p. 21. Lucidamente, adverte não ser possível permitir que se reduza a força constitucional ao papel de mero auxiliar no processo de interpretação, integração e aplicação da norma jurídica.

<sup>81</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *O direito de vizinhança*, op. cit., p. 46. E acresce: “Quando se considera a função social integrada ao próprio conteúdo da propriedade, ou seja, entranhada no conceito desta, tem-se aí um tipo promocional, voltado para a garantia e a proteção dos valores que informam o ordenamento jurídico, e que serve não apenas como um critério para balizar a ação do legislador, mas também como um parâmetro a ser sempre levado em conta pelo intérprete”.

<sup>82</sup> MODESTO, Paloma Santana. “A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações de direito privado”, op. cit., p. 408.

judicialmente. Seguramente inspirada no princípio da igualdade substancial (constitucionalmente determinada), a Ministra NANCY ANDRIGHI determinou que os valores indevidamente cobrados pela entidade bancária fossem atualizados pelo mesmo percentual de juros por ela cobrados dos seus correntistas em situações de mora (atraso). Vale a pena conferir:

“Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade. [...] Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês. [...] A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 453464/MG, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 2.9.2003, DJU 19.12.2003, p. 453).

A necessária promoção dos valores e princípios constitucionais tem, ainda, o condão de propiciar proteção a grupos minoritários antes abandonados à própria sorte, como as minorias étnicas, religiosas e sexuais. Não é por outro motivo que asseverou PIETRO PERLINGIERI: “O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, *entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos*”.<sup>83</sup>

Assim, percebe-se nitidamente que o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada, conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais do Direito Civil, revitalizando-os, à luz de valores fundamentais aclamados como *garantias e direitos fundamentais do cidadão*.<sup>84</sup>

Uma advertência oportuna urge ser formulada. É que não se pode tomar a expressão *Direito Civil Constitucional* (ou *constitucionalização do Direito Civil* ou *Direito Civil constitucionalizado*) como uma simples adjetivação, dando a impressão de que, com elementos externos, exteriores, alteram-se algumas categorias que continuariam as mesmas em suas estruturas internas. Efetivamente, “há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil”.<sup>85</sup>

A expressão *Direito Civil Constitucional* quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na *dignidade da*

<sup>83</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, op. cit., p. 6.

<sup>84</sup> Assim: TEPEDINO. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”, op. cit., p. 340.

<sup>85</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 22.

*pessoa humana* (art. 1º, III), *solidariedade social* (art. 3º, III) e na *igualdade substancial*<sup>86</sup> (arts. 3º e 5º). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis, e não apenas impondo limites externos. Tome-se como exemplo o direito de propriedade. Ao impor uma *função social à propriedade privada* (arts. 5º, XXII, e 170, III), o constituinte não está apenas limitando o exercício da (histórica) propriedade privada, talhada no liberalismo oitocentista, porém transcendendo as velhas ideias postas, exigindo uma nova compreensão da propriedade privada, a partir dos valores sociais e humanitários apresentados pela Constituição. Enfim, está afirmando, concluindo o exemplo, que o conteúdo da propriedade privada é a função social, não merecendo proteção a propriedade que não a atender.

Nessa linha de intelecção, é imperativa uma nova compreensão do Direito Civil, a partir dos novos valores e da legalidade constitucional.

Por derradeiro, atente-se para a *impossibilidade de confundir* o chamado *Direito Civil Constitucional* (ou *constitucionalização do Direito Civil*) com um outro movimento, designado *publicização do Direito Civil* (também dito *dirigismo contratual*). Apesar da proximidade conceitual aparente, não se pode imaginar que o movimento de constitucionalização do Direito Civil implicaria, por vias transversas, em conferir caráter de ordem pública a determinadas normas que são, a toda evidência, de interesse privado. Em sendo assim, a constitucionalização do Direito Civil não afetou a natureza *privada* da norma de Direito Civil. É o caso da propriedade que se mantém, a toda evidência, *privada*, tendo, agora, de cumprir uma *função social*, por conta do comando constitucional (CF, art. 5º, XXII e XXIII). Lado outro, é possível detectar, na contemporaneidade jurídica, situações nas quais o legislador percebe a necessidade de interferência estatal em determinadas relações privadas, com o propósito de garantir o equilíbrio e igualdade entre as partes, eliminando desigualdades fáticas oriundas das diferentes posições econômicas das partes. Ou seja, penetra o Poder Público em uma relação eminentemente particular, para garantir a igualdade e o equilíbrio entre as partes. É o exemplo da atuação das agências reguladoras que estabelecem limites para o reajuste de preços em determinadas relações privadas, como nos contratos de planos de saúde. Trata-se de um verdadeiro *dirigismo contratual por parte do Poder Público*. Desse modo, enquanto a *constitucionalização do Direito Civil* implica na migração das regras e princípios fundamentais do Direito Privado para a sede constitucional, sem alterar a natureza privada da norma jurídica, a *publicização do Direito Civil* resulta de uma interferência estatal em determinadas relações privadas, com o escopo de nivelar a posição das partes, evitando que a superioridade econômica de uma delas prejudique a outra e conferindo uma certa dose de interesse público a uma relação cuja natureza continua a ser estritamente privada. Um exemplo serve para elucidar a questão: a relação familiar é de ordem privada (talvez a mais privada de todas), embora esteja disciplinada em sede constitucional (CF, arts. 226 e 227), com a garantia de *pluralidade das entidades familiares*, explicitando a constitucionalização do Direito Civil; já o contrato de trabalho, cuja essência, por igual, é de uma relação

<sup>86</sup> A respeito da isonomia, vale a referência à obra de FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA. *Princípio constitucional da igualdade*, op. cit., especialmente na p. 111 ss.



entre particulares (privada, portanto), exige a presença do Estado, limitando a vontade das partes e estabelecendo regras protetivas para o hipossuficiente (o trabalhador), de modo a superar o natural desequilíbrio jurídico existente entre as partes. Nesse caso, temos a *publicização de uma relação privada*.

Em arremate ao ponto analisado, seja consentido transcrever texto escrito noutra oportunidade, quando do advento do Código Civil de 2002, realçando a importantíssima interpretação constitucionalizada que se impõe ao Direito Civil na contemporaneidade:

**Redescobrimo as fronteiras do Direito Civil:  
uma viagem na proteção da dignidade humana<sup>87</sup>**

Ramo da Ciência Jurídica vocacionado para a tutela da vida humana, o Direito Civil teve seus alicerces estruturados, historicamente, no individualismo que marcou o século XIX, a partir das inspirações da Revolução Francesa, fundado na proteção patrimonial do homem. Aquela estrutura ruiu, suplantada pela tábua axiológica imposta pela Magna Carta de 1988, a partir do ideal de justiça distributiva e igualdade substancial, ao lado do binômio dignidade da pessoa humana e solidariedade social.

A sociedade contemporânea (pós-moderna, na compreensão de ERIK JAIME, de Heidelberg) é aberta, plural, porosa, multifacetária e globalizada, trazendo consigo incontroverso caráter humanista, almejando a proteção dos interesses socialmente mais relevantes, exigindo, naturalmente, nova postura jurídica.

Advirta-se, todavia, não se tratar de uma simples adequação, mera adaptação, do Direito Civil clássico à norma constitucional, dando-lhe nova roupagem. É preciso o rompimento definitivo com o sistema tradicional, que o concebia pelo prisma individual e patrimonialista. Impõe-se uma nova visão, a partir das premissas e garantias constitucionais. Como salienta LUIZ EDSON FACHIN, “não se trata de uma reciclagem funcional dos parâmetros do Direito Civil, mas sim de uma recomposição do vínculo e da dedicação a partir de um redimensionamento dos afazeres didáticos e de pesquisa” (*Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5).

Não se imagine, porém, que o novo(?) Código Civil, talhado no auge da ditadura militar e sustentado, por conseguinte, em valores pertencentes a paragens distantes, perdidas em passado remoto e pouco saudoso, colabore para essa mudança. Ao revés. A nova Codificação nasceu velha e, descompromissada com o seu tempo, desconhece as relações jurídicas e problemas mais atuais do homem. Tome-se como exemplo o Livro do Direito das Famílias, que desconhece o DNA e suas importantes influências na determinação da filiação, a pluralidade dos modelos familiares e o avanço da biotecnologia, dentre outros graves equívocos e omissões.

Outrossim, “é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988”, como desfecha com maestria o genial GUSTAVO TEPEDINO (*Revista Trimestral de Direito Civil* 7: VI). Vale o exemplo da anulação de casamento com

<sup>87</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Texto publicado no Jornal *A Tarde*, Salvador, em 14.11.2002.

base no anterior defloramento da mulher – logicamente ignorado pelo marido –, que já não tinha qualquer cabimento desde a CF/88 e tão invocado pelos defensores do novo Código Civil como grande e exuberante novidade...

O ambiente jurídico, portanto, exige um comportamento crítico do operador do Direito, não apenas voltado para apontar defeitos ou imperfeições, mas, sobretudo, para a formação de uma nova visão do fenômeno civilista, em compasso com o mundo contemporâneo. Um Direito Civil eficaz e apto a defender e proteger a vida humana em sua integralidade, contemporâneo com a sociedade que lhe incumbe pacificar.

Nesta linha de intelecção, reconheça-se que o conceito de *cidadania* é, efetivamente, o motor de impulsão que projeta a dimensão da pessoa humana em seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, compreendida como simples sujeito de direitos virtuais, porém como titular de um patrimônio pessoal mínimo que lhe permita exercer uma *vida digna*, a partir da *solidariedade social* e da *isonomia substancial*.

Bem-vindos ao novo Direito Civil, construído a partir da legalidade constitucional, cujo olhar se volta para a proteção da pessoa humana e não mais para o seu patrimônio. Seus mares estão à espera de descobertas e conquistas. Sobreleva, no entanto, importante aviso aos navegantes: o caminho que se descortina, nascido da colisão inevitável entre a realidade viva e os velhos ideais do novo(?) Código Civil – inspirado em categorias jurídicas ultrapassadas –, não tem rota predeterminada. Precisa ser descoberto. E suas pontes e portos serão construídos, a partir do reconhecimento do atual modelo de vida plural e aberta, garantindo proteção à pessoa humana.

Velhos institutos (propriedade, contrato, casamento, sucessão) cedem espaço para novos valores, trazidos pela brisa segura e agradável do modelo social estabelecido pela Constituição: a propriedade e o contrato têm de exercer *função social*, a autonomia da vontade resta mitigada, a família torna-se desmatrimonializada e foge da previsão *numerus clausus* etc. Enfim, o Direito Civil mudou, e para muito melhor, sendo mister navegar por seus mares, revisitando seus institutos fundamentais. Um *novo Direito Civil* que não está no *novo(?) Código Civil*. Ao revés, advém das exigências sociais e dos contornos e paradigmas arquitetados pela CF/88.

Essa a travessia que se inicia, afirmando uma nova era de respeito ao homem e estímulo à cidadania. O céu é “de brigadeiro”. Boa viagem a todos nós.

## 9

### A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (CONSTITUCIONAIS) NAS RELAÇÕES PRIVADAS (EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS)

Como consequência lógica e natural da constitucionalização do Direito Civil – e, de resto do Direito Privado como um todo –, decorre o reconhecimento da indubitosa aplicação dos direitos fundamentais mesmo nas relações estritamente privadas.

É que os direitos fundamentais constituem garantias constitucionais universais (e cláusula pétrea), motivo pelo qual não se pode pretender represá-los somente nas



relações de direito público. Até mesmo porque tal equívoco interpretativo implicaria em caracterizar o Direito Civil como um ramo da ciência jurídica, estranhamente, liberado da incidência da norma constitucional.

Efetivamente, não seria crível imaginar que, nas relações privadas, as partes possam atentar contra os direitos fundamentais.

É o que se vem denominando de *aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas* ou *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (*Drittwirkung*, como preferem os germânicos).

Corroborando desse entendimento, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, com a clareza que lhe é inerente, destaca que o “fenômeno da *constitucionalização do Direito Civil tem gerado, como importante consequência, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*”. Assim, continua o mestre baiano, vem a se esclarecer que “os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular”.<sup>88</sup>

Destrinchando: em toda e qualquer relação jurídica entre particulares – e o Direito Civil é, sem dúvida, o mais eloquente exemplo – devem estar salvaguardados os direitos fundamentais dos sujeitos. Por mais óbvio que tal ilação possa aparecer, não é demais lembrar que, até bem pouco tempo, a doutrina civilista brasileira era firme no sentido de aprisionar os direitos fundamentais somente no âmbito publicista, como, *exempli gratia*, em matéria de Direito Penal.<sup>89</sup>

Incorporando tais ideias, então, é possível afirmar que em toda e qualquer relação privada o respeito às garantias fundamentais constitucionais é condição de validade.

A título exemplificativo, é possível afirmar que a exclusão da pessoa jurídica de um associado que pratica condutas inconvenientes e prejudiciais à associação como um todo, assim como a aplicação de multa ao condômino antissocial (que é aquele que incomoda a paz coletiva do condomínio, gerando uma incompatibilidade de convivência), consentidas pelos arts. 57 e 1.337 do Código Civil, respectivamente, têm de ser precedidas de ampla defesa e contraditório (o devido processo legal), garantido pelo art. 5º, LV, da *Lex Legum*, sob pena de serem afrontados os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Abraçando esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar a indubitosa aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. O caso dizia respeito ao direito do associado de uma associação privada de reclamar o respeito ao contraditório e à ampla defesa para evitar a sua exclusão da pessoa jurídica, apesar do estatuto permitir a sua retirada, independentemente do respeito às garantias constitucionais. Veja-se:

<sup>88</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 56.

<sup>89</sup> Trilhando essa mesma senda, a Constituição de Portugal, em seu art. 18º, I, determina que os direitos fundamentais sejam aplicados às entidades privadas.

“Sociedade civil sem fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido.

I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88)” (STF, Ac. 2ª T., RE 201.819/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005, *DJU* 27.10.2006, p. 64).

Antes mesmo desse precedente, já era possível reconhecer essa tendência na orientação jurisprudencial da Corte Excelsa:

“Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter punitivo. Devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa” (STF, Ac. 2ª T., RE 158.215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 7.6.1996).

Nessa ordem de ideias, infere-se, com tranquilidade, que o império da Lei Fundamental implica em vincular todo o tecido infraconstitucional, inclusive no que concerne às relações privadas, às garantias fundamentais, que nada mais são do que *postulados elementares de proteção do próprio exercício da cidadania*.

Exemplificando, é possível destacar que a aplicação de multa ao condômino antisocial (aquele que incômoda os vizinhos, perturbando a paz coletiva), autorizada pelo art. 1.336, § 2º, do Código Civil, deve ser precedida do devido processo legal, com garantia do contraditório e da ampla defesa.<sup>90</sup>

É bem verdade que essa aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas trará consigo a mitigação do princípio da autonomia da vontade (liberdade de contratar), que sempre norteou o Direito Civil. Todavia, sem dúvida, já é tempo de reconhecer que a autonomia privada não pode implicar na violação das garantias fundamentais que materializam a própria dignidade humana. Não se pode, pois, tolerar que uma parte venha, através de contratos e negócios em geral, atentar contra as garantias básicas da outra.

Sublinhe-se, demais de tudo isso, que a aplicação concreta dos direitos fundamentais é pedra de toque não apenas das relações privadas, mas, necessariamente e por coerência e lógica, a toda e qualquer situação jurídica. Com isso, é fácil inferir a impossibilidade de invocar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado quando implicar na negativa ou afastamento de direitos fundamentais. Afasta-se, inclusive, a tese consagrada pela expressão *reserva do possível* (que pretendia assegurar ao Poder Público a possibilidade de negar efetividade a direitos e garantias individuais e sociais sob a alegação de falta de verbas públicas). Com essa inspiração, DANIEL SARMENTO chega mesmo a afirmar que na atual fase do constitucionalismo democrático, consagrado pela Carta de 1988, o cidadão “não é súdito do Estado”, mas “partícipe da formação da vontade coletiva” e “titular de uma esfera de direitos invioláveis” (aqui, os direitos fundamentais). Enfim, o cidadão é “sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os interesses legítimos dos seus cidadãos”.<sup>91</sup> Sobreleva, assim, afastar a assertiva clássica de que o *interesse público sobrepujaria, sempre, o interesse privado*. Não é razoável, efetivamente,

<sup>90</sup> Em idêntico sentido, também advogando a premente necessidade de aplicação do devido processo legal (isto é, de garantias constitucionais) no caso mencionado, PAULA SARNO BRAGA é incisiva ao advogar que “a decisão de imposição da sanção convencional deve ser proporcional e compatível com as peculiaridades da conduta adotada pelo condômino. Inclusive, na aplicação da multa [...], o legislador exige que a assembleia arbitre a pena atentando para a gravidade do ato e sua reiteração – o que são exigências que denotam a intenção de preservar a razoabilidade e comedimento na imposição da sanção” (*Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*, op. cit., p. 225).

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional”, op. cit., p. 116.

permitir que o interesse estatal implique em sacrifícios de direitos e garantias fundamentais, impondo-se, dessa maneira, uma readequação dos limites da supremacia do interesse público (estatal) sobre o privado. É que a fundamentalidade dos direitos e garantias individuais vincula não apenas as relações privadas, mas o tecido normativo infraconstitucional como um todo, alcançando, até mesmo, as relações com o Poder Público, sob pena de violação frontal à proporcionalidade.<sup>92</sup>

## 10

### A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE DIREITO CIVIL (EFICÁCIA SUPRALEGAL DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS OU CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL)

É assunto contemporâneo e polêmico definir a relevância normativa dos tratados e convenções internacionais e a sua harmonização com as normas internas. No âmbito do Direito Civil, a situação não é outra, também reclamando uma solução efetiva.

Após intensas discussões doutrinárias<sup>93</sup> e jurisprudenciais, o § 3º do art. 5º do Texto Constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, indicou a solução para a questão: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Significa, em letras claras, que os tratados e convenções internacionais *que versem sobre direitos humanos e que forem aprovados por três quintos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, por meio de decreto legislativo*, terão *status* correlato a uma emenda constitucional. Ao revés, os tratados e convenções internacionais que não tratem de direitos

<sup>92</sup> Um excelente exemplo pode ser lembrado com a imposição ao Estado de fornecimento de medicamentos de alto custo à população. Na hipótese, tem-se a prevalência do direito fundamental à vida e à saúde em detrimento da discricionariedade administrativa, limitando-se o poder estatal de aquisição de medicamentos. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clarividente: “Fornecimento de medicamentos para tratamento de moléstia grave – direito constitucional à vida e à saúde – Dever do Estado – Urgência que supera a espera da solução da controvérsia em torno da competência para fornecer o medicamento. 1. Cautela que se faz pertinente para afastar o perigo maior que paira sobre a vida. 2. Recurso especial cuja sede central da controvérsia está pacificada, aguardando-se uniformizar a questão da competência para o fornecimento dos medicamentos aos portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o tratamento. 3. Preservação do direito maior, já assegurado por liminar, até o julgamento do recurso especial” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., MC 14015/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.2.2009, DJU 24.3.2009).

<sup>93</sup> Releva fazer menção ao posicionamento de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *expert* na matéria, para quem os tratados e convenções internacionais deveriam ter reconhecida uma força constitucional. Nas palavras do mestre, “na medida em que a Constituição deixa de prever determinados direitos e garantias, e encontrando-se tal previsão nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte, tem-se que tais instrumentos sobrepõem-se a toda legislação infraconstitucional interna por ter a Carta Magna equiparado, no mesmo grau de hierarquia normativa, os direitos e garantias nela constantes àqueles advindos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro” (*Direito Internacional Público: parte geral*, op. cit., p. 91).

humanos, bem como os que, embora versem sobre direitos humanos, não tenham sido aprovados com as aludidas formalidades, não estarão equiparados às emendas constitucionais.

Disso decorre que os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos e que forem aprovados com as formalidades previstas no citado dispositivo constitucional são perfeitamente aplicáveis no âmbito das relações privadas, inclusive possuindo *status* de emenda constitucional.

Exemplo disso é a *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*, assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/08, sendo incorporada ao ordenamento brasileiro com *status* de norma constitucional.

Contudo, resta uma dúvida a ser dirimida: Qual seria o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, bem como dos tratados e convenções sobre direitos humanos posteriores à aludida emenda não aprovados com as formalidades indicadas? Pois bem, o Supremo Tribunal Federal já fixou uma orientação sobre o tema, dirimindo as possíveis controvérsias. De acordo com o entendimento da Corte Excelsa, os tratados e convenções internacionais *sobre direitos humanos* não submetidos às formalidades constitucionais (aprovação por três quintos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos de votação), anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 45, têm eficácia *supralegal*. Estão, portanto, situados em uma posição imaginária, entre a altitude constitucional e as leis infraconstitucionais (ordinárias e complementares, cuja distinção não é hierárquica, mas, tão só, de quórum de aprovação e de matéria).

Ou seja, possuem tais tratados e convenções internacionais uma *eficácia supralegal*, vinculando, também, o tecido infraconstitucional do Direito Civil.

Em síntese apertada, porém completa: Os *tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos estarão, sempre, posicionados hierarquicamente em degrau superior à legislação infraconstitucional*. Quando se tratar de tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, aprovado com as formalidades do § 3º do art. 5º da Carta Maior (ou seja, quando congregar *aspecto material, versando sobre direitos humanos, e aspecto formal, aprovado de acordo com o procedimento constitucional*), terá *status* de emenda constitucional. Se, a outro giro, o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos não atender aos aspectos formais (isto é, quando trazer consigo um aspecto apenas material, *versar sobre direitos humanos*), terá *eficácia supralegal, pairando acima da legislação infraconstitucional, mas em nível inferior à norma constitucional, de modo a resguardar a soberania nacional*.

Com isso, é perfeitamente possível afirmar que as normas de Direito Civil têm de se submeter, além de ao natural (e imprescindível) *controle de constitucionalidade*, também a um *controle de convencionalidade*, devendo se adequar aos tratados e convenções internacionais que disponham sobre direitos humanos, mas não tendo sido submetidos às formalidades de aprovação para ter natureza de emenda constitucional.

Inaugura-se, assim, um movimento de *convencionalização do Direito Civil*, adequando-se e respeitando os direitos humanos – o que é a tônica das relações internacionais.

É que as normas de Direito Civil – assim como o ordenamento jurídico como um todo – precisam se harmonizar, mantendo uma *compatibilidade vertical*, tanto com o Texto Constitucional, quanto com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. E, sendo assim, detectada uma eventual incompatibilidade da norma infraconstitucional com um tratado de direitos humanos, sobreleva a suspensão de sua eficácia, respeitando a própria especialidade da convenção.

Essa conclusão foi abraçada pelo Supremo Tribunal Federal, nas decisões proferidas no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, com relatoria do Ministro CEZAR PELUSO, e no *Habeas Corpus* 87.585/TO, cujo relator foi o Ministro MARCO AURÉLIO, julgados em 3 de dezembro de 2008 e publicados no *Informativo* 531. Em ambos os precedentes, o Pretório Excelso entendeu que o Pacto de *San José da Costa Rica* (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada antes do advento da Emenda Constitucional nº 45) foi acolhido com *status* supralegal no ordenamento jurídico interno, pairando acima da legislação infraconstitucional, mas devendo respeitar, de qualquer sorte, a norma constitucional.<sup>94</sup> Com isso, deliberou a Corte Maior que as proteções humanitárias contidas no citado Tratado estão posicionadas acima da norma do Código Civil, afastando a eficácia da legislação infraconstitucional. Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal revogou a Súmula 619, que afirmava: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”. Em sendo assim, *tornou-se descabida a prisão civil do infiel depositário no direito brasileiro, em razão do acolhimento do Pacto de San José da Costa Rica em sede infraconstitucional*.

Aliás, demonstrando a força da compreensão jurisprudencial sobre a matéria, foi editada a Súmula Vinculante 25 pelo Supremo Tribunal Federal, vazada em termos claros:

Súmula Vinculante 25, STF:

“É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.<sup>95</sup>

Na mesma tocada, o Superior Tribunal de Justiça, incorporando a linha de pensamento da Excelsa Corte, editou a Súmula 419:

Súmula 419, STJ:

“Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

<sup>94</sup> Colhe-se do voto do Ministro GILMAR MENDES, no julgamento do RE 466.343/SP, os seguintes fundamentos: “Parece mais consistente a interpretação que atribui a característica da *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam *infraconstitucionais*, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

<sup>95</sup> Antes mesmo da edição da citada Súmula Vinculante, o Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco já havia se aproximado desse entendimento, como se nota de sua Súmula 50: “É descabida a prisão civil, decorrente da dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, por não ser equiparável à figura do devedor a do depositário infiel”.



Realmente, o campo fecundo para exemplificar a absorção dos tratados internacionais em sede *supralegal*, afastando a eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes, é a previsão contida no Código Civil (art. 652) permitindo a prisão civil do devedor infiel depositário (aquele que descumpre a sua obrigação de devolver um bem recebido em contrato de depósito). Ora, considerando que o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 7º, veda, expressamente, a utilização da prisão civil ao infiel depositário, apenas permitindo a prisão do devedor de alimentos, nota-se a colisão, a tensão, entre a norma infraconstitucional (CC, art. 652) e o tratado internacional sobre direitos humanos. Em razão disso, observando que a citada convenção internacional sobre direitos humanos tem valor superior à legislação infraconstitucional, afasta-se o permissivo de prisão civil do infiel depositário, retirando a eficácia do texto codificado e obstando a prisão civil do infiel depositário em face do *status supralegal* do mencionado tratado.

Frise-se, reforçando a compreensão da matéria, que toda e qualquer norma infraconstitucional de Direito Civil precisa ser compreendida em harmonia (vinculação vertical) com a Constituição da República, primeiramente, e com os Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, em seguida. Havendo tensão entre a norma infraconstitucional e a convenção internacional, retira-se a eficácia daquela, prestigiando a *eficácia supralegal dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos*.

## 11

### A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A expressão *direitos sociais* é, indubitavelmente, plurívoca, não unívoca, comportando diferentes compreensões.

Com o advento do Texto Constitucional de 1988, reconhecidamente voltado à afirmação de ideais de cidadania, detectou-se a existência de direitos constitucionais de índole individualista, vocacionados à afirmação da *liberdade*, e direitos outros, com feição social, representando o amplo ideal de *igualdade*, procurando tratar desigualmente pessoas que ocupem diferentes posições jurídicas.

Os direitos sociais, assim, são promocionais, voltados a conferir um tratamento de *preferências* e de *desigualdades para pessoas cuja situação social reclame a diferenciação jurídica*, com propósitos visivelmente compensatórios. Afastam-se, a toda evidência, de um tratamento formalmente uníssono e linear, para compensar, em situações concretas, determinadas desigualdades jurídicas.

Explica DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, sempre oportuno, que “os direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no mundo no período pós-guerra. Fundados no princípio da solidariedade humana, os direitos sociais foram alçados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentemente, entretanto, de execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres”.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 695.

Em resumo apertado, porém completo, os direitos sociais dizem respeito a categorias jurídicas voltadas à implementação da igualdade jurídica, credenciando o seu titular a exigir posturas proativas do Estado para efetivar os seus direitos fundamentais, em situações *sociais desiguais*.

Convém registrar que os direitos sociais podem ser titularizados por pessoas individualmente consideradas ou pela coletividade, pois o que se deve ter em conta é a vocação do direito para a redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza (CF/88, art. 3º).<sup>97</sup>

Ora, o reconhecimento dos direitos sociais representa uma preocupação constitucional “propriamente no sentido de fazer justiça em situação concreta”,<sup>98</sup> seja no campo das relações estatais, seja nas relações entre particulares.

No direito público, não é difícil imaginar a vinculação do Estado aos direitos sociais. Bastaria imaginar a possibilidade de exigir escolas com ensino específico para pessoas com necessidades específicas ou de obrigar o Poder Público ao fornecimento de um medicamento específico, com eficácia comprovada, que melhor atenda às necessidades específicas de um cidadão.<sup>99</sup>

Bem por isso, considerada a fundamentalidade dos direitos sociais para o próprio exercício da cidadania e a sua previsão constitucional, é preciso *afirmar a vinculação das normas privadas (inclusive de Direito Civil) à força irradiante dos direitos sociais*. Equivale a dizer: os direitos sociais (como, por exemplo, o direito à moradia, à educação, à saúde e ao lazer) condicionam o conteúdo das normas de Direito Privado, que, necessariamente, têm de respeitar o seu caráter fundamental e pético.

Essa interferência provocada pela incidência dos direitos sociais nas relações entre particulares implica em afirmar a *vinculação do conteúdo das relações privadas ao atendimento dos direitos sociais*. Como bem acentua ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, “os particulares devem abster-se, reciprocamente, de lesar a esfera de proteção de bens jurídicos veiculados por normas de direitos sociais”.<sup>100</sup>

Nessa ordem de ideias, é possível lembrar que, mesmo havendo previsão expressa no contrato celebrado entre as partes, os planos e os seguros de saúde não podem promover aumento nas prestações de forma ilimitada, comprometendo o direito à saúde.

<sup>97</sup> Com o mesmo pensar, ANA CRISTINA COSTA MEIRELES preleciona que os direitos sociais podem “ter titularidade individual ou transindividual. O que importa, em verdade, é se o fim visado pela norma que se aprecia é a redução da desigualdade social e o propiciamento das condições a que os indivíduos tenham efetiva liberdade material” (*A eficácia dos direitos sociais*, op. cit., p. 80).

<sup>98</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*, op. cit., p. 54.

<sup>99</sup> Felizmente, esse entendimento já foi incorporado à nossa jurisprudência: “Restando demonstrado, nos autos da ação ordinária, após produção de provas, observados o contraditório e a ampla defesa, que o medicamento *fortéo* oferece tratamento mais eficaz do que os similares oferecidos pelo SUS, e, ainda, provoca menos efeitos colaterais indesejáveis à autora, pessoa idosa que padece de osteoporose avançada, deve-se confirmar a condenação do Estado de Minas Gerais a fornecer tal fármaco na forma da prescrição médica, a modo e tempo específicos, cumprindo-se, assim, o disposto no artigo 196 da Constituição da República, que assegura a todos os cidadãos o direito social à saúde digna” (TJ/MG, Ac. Unân., 1ª Câmara, Reex. Nec. 1.0024.05.657708-3/001 – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Armando Freire, j. 26.6.2007, DJMG 3.7.2007).

<sup>100</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*, op. cit., p. 370.



Outra interessante hipótese de incidência dos direitos sociais (direito à saúde) nas relações privadas é a proibição de cláusula limitadora do tempo de internação hospitalar, por afrontar os direitos sociais. Aliás, oportuna é a referência à Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 302, STJ:

“É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

## 12

### O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MECANISMO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO

Afirmada a (re)unificação das normas de direito privado a partir do eixo constitucional, é fácil compreender a existência de um sistema jurídico uniforme e coerente, harmonizado a partir do referencial garantista da Constituição Federal.

Assim, considerando que o ordenamento vem se apresentando, cada vez mais, aberto, poroso e multifacetado, com infinitas normas jurídicas regulando diversas matérias, não é difícil perceber a necessidade de compreensão harmônica do sistema jurídico.

É que o Código Civil, sem dúvida, se apresenta como *norma geral*, aplicável genericamente a todas as relações entre particulares (privadas), regulamentando os seus interesses, a partir do eixo de legalidade da Constituição Federal e dos tratados e convenções internacionais. Todavia, existem outras normas legais regulamentando interesses privados, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras.

Não se tem dúvidas de que a *norma legal especial afasta a incidência da norma legal geral*, materializando o conhecido *critério da especialidade*.

No entanto, não se pode ignorar que todas as normas de Direito Privado – tanto o Código Civil (norma geral) quanto as leis extravagantes específicas (normas especiais) – estão cimentadas a partir da normatividade constitucional, devendo obediência aos valores emanados da Carta Magna e, por isso, fundamentadas em princípios de dignidade, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade (a tábua axiológica constitucional).

Por isso, a existência de uma norma jurídica protetora de interesses específicos não exclui a incidência de outras normas, anteriores ou posteriores, que sejam mais favoráveis aos interesses tratados. Ao revés. As normas específicas convivem, harmonicamente, com as normas gerais, implicando a abertura do sistema de direito privado.

Com isso, “busca-se uma eficiência funcional do sistema plural e complexo do nosso direito, evitando a antinomia, a incompatibilidade ou a não coerência”, como arre-mata LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA.<sup>101</sup>

<sup>101</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência*, op. cit., p. 87.

De fato, no mundo contemporâneo a pluralidade e complexidade das relações humanas impõem o *direito à diferença*, isto é, o direito de merecer proteção diferenciada quando há uma situação diferenciada. É o direito à igualdade substancial. Assim, são exigidas soluções diferenciadas para situações diferenciadas. Soluções, portanto, mais flexíveis e móveis, permitindo uma convivência dos diferentes valores que norteiam o sistema jurídico.

Assim, o *diálogo das fontes* (*dialogue de sources*, na expressão originária) permite “a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente[...] Uma solução flexível, aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”, como assinala CLÁUDIA LIMA MARQUES, ANTONIO HERMAN BENJAMIM e BRUNO MIRAGEM.<sup>102</sup>

A utilização do *diálogo das fontes* propicia uma conexão interdisciplinar entre o Código Civil, como norma geral, e as demais normas especiais, como normas disciplinadoras de determinadas relações entre particulares, autorizando uma aplicação da norma jurídica que maximizar vantagens para aquele que ocupa uma posição que exige tratamento diferenciado e protetivo.

Trilhando esse caminho, é de se compreender que no âmbito das relações jurídicas privadas específicas, a aplicação da norma jurídica deve estar submetida a um *diálogo das diferentes fontes normativas*, com o propósito de garantir a aplicação da norma mais favorável aos interesses tutelados.

Enfim, trata-se de um verdadeiro *diálogo de complementaridade*.

FLÁVIO TARTUCE, também defendendo a utilização dessa técnica nas relações privadas, justifica esse *diálogo de conexão* para que sirva “como um leme nessa tempestade de complexidade” decorrente das inúmeras normas jurídicas existentes em nosso ordenamento.<sup>103</sup>

Sem dúvida, a técnica de compreensão do sistema jurídico através do *diálogo de complementaridade* está a serviço da constitucionalização das relações privadas, permitindo que os valores constitucionais estejam permeando uniformemente todo o sistema de direito privado.

Um exemplo eloquente pode ser lembrado com as relações de consumo. Embora não se tenha a menor dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor é norma especial, que afasta, de ordinário, a incidência da norma geral (o Código Civil), não se pode ignorar que, em matéria contratual, por exemplo, a Lei Civil pode conter regras mais favoráveis ao consumidor do que o próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Até porque ambas as normas são derivadas de idênticos princípios, de matriz

<sup>102</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 26-27.

<sup>103</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 115.

constitucional. E por isso, havendo norma mais favorável ao consumidor no Código Civil, será o caso de se lhe aplicar, através desse *diálogo normativo*. Com essa inclinação, foi aprovado o Enunciado 167 na Jornada de Direito Civil, asseverando: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

Ainda no campo das relações de consumo, convém observar a existência de *diálogo de complementaridade* no que tange ao transporte aéreo. Apesar das inúmeras limitações impostas pela Convenção de Varsóvia à reparação de danos causados ao passageiro por atraso do voo ou perda de bagagem, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que devem prevalecer as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre as regras específicas do transporte aéreo, garantindo, assim, a reparação integral do dano, mesmo em valores superiores àqueles contidos na legislação específica.<sup>104</sup>

Mais explícito ao acolher a teoria do *diálogo das fontes*, o Enunciado 369 da Jornada de Direito Civil, ao fazer menção ao contrato de transporte – que, sem dúvida, pode estar caracterizado como uma relação de consumo, apesar de estar regulamentado no Código Civil –, estabelece que “diante do preceito constante do art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este”.

Permanecendo no campo consumerista, é exemplo cabal de aplicação da tese do diálogo das fontes a possibilidade de devolução em dobro do valor indevidamente cobrado quando a dívida já foi paga no todo, ou em parte, ou ainda não venceu. O Código Civil (arts. 939 e 940) exige, tão só, que a cobrança seja indevida (ou seja, que o débito já tenha sido pago, no todo ou em parte, ou ainda não tenha vencido). Por outro turno, o Código de Defesa do Consumidor (art. 42, parágrafo único) estabelece que tenha ocorrido efetivo pagamento para a caracterização da cobrança vexatória, gerando a repetição do indébito. Como se percebe, a norma civil é mais favorável que a lei consumerista, impondo-se a aplicação daquela.

Outro importante campo para o *diálogo das fontes normativas* é o Direito do Trabalho. Também no âmbito laboral, a existência de norma mais benéfica ao trabalhador no Código Civil afasta a incidência da Consolidação das Leis do Trabalho, em homenagem e em respeito à unidade do sistema jurídico. Bem por isso, no campo trabalhista, deve-se aplicar a norma jurídica que resguardar de maneira mais efetiva a dignidade do ser humano como trabalhador, mesmo que esteja topologicamente situada em diploma legal distinto da norma específica (a Consolidação das Leis do Trabalho). Em razão disso, ousa-se, inclusive, afirmar que o Direito Civil não mais pode ser visto como mera norma jurídica

<sup>104</sup> Veja-se, a respeito da questão, decisão da Corte Superior que se louva, a toda evidência, na técnica de diálogo das fontes: “Nos casos de extravio de bagagem ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada por legislação especial” (STJ, Ac. 4ª T, REsp. 300.190/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.4.2001, DJU 18.3.2002).

subsidiária do Direito do Trabalho (como consta do art. 8º da CLT), ganhando força de norma jurídica primária sempre que se mostrar mais benéfica ao trabalhador.

## 13

# PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL E AS SUAS TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS

### 13.1 A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios

Há um certo consenso doutrinário<sup>105</sup> (e, de certo modo, aceito também pela jurisprudência),<sup>106</sup> na contemporaneidade, de que as normas que compõem um ordenamento jurídico se bifurcam em normas-regras e normas-princípios, afastando a antiga visão de que os princípios teriam um papel meramente informativo (auxiliar ou aconselhativo).

De uma banda, os princípios<sup>107</sup> são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de ROBERT ALEXY, princípios jurídicos são “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.<sup>108</sup> Enfim, *são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes*.

Em acréscimo, o constitucionalista alagoano THIAGO BOMFIM sublinha que “os princípios que hoje povoam o imaginário do Direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, com um fundamento ético”.<sup>109</sup>

Com um simbolismo quase idílico, MARCOS JORGE CATALAN propõe uma compreensão dos princípios a partir de uma analogia:

<sup>105</sup> A respeito, pelo pioneirismo, faça-se alusão, dentre outras, às obras de: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 1159; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 67-68; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., p. 224; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 155.

<sup>106</sup> No julgamento de interessante caso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal aludiu, expressamente, à *força normativa dos princípios (notadamente dos princípios constitucionais) para reconhecer* “o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (STF, Ac. Unân., 2ª T., RE 477.554 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.8.2011, DJe 26.8.2011).

<sup>107</sup> Princípio deriva da linguagem geométrica, onde concerne às “*verdades primeiras*”, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve *more geométrico*. Essa formulação é apresentada por PAULO BONAVIDES, que acrescenta, ainda, uma concepção de princípio oriunda da Corte Constitucional italiana, segundo a qual “se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico *aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas*, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico” (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 255-257).

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 86.

<sup>109</sup> BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, op. cit., p. 61.

“Imagine-se na base da Cordilheira dos Andes, prestes a escalar o Monte Aconcágua, mais alto pico da América do Sul.<sup>110</sup> Superada a fase de preparação física, é essencial, para o sucesso do projeto, no mínimo, o material de alpinismo. Assim, principalmente nas escarpas e nas rotas negativas, a cada metro ou dois, será cravado na rocha um pino de sustentação, sem o qual a subida tornar-se-á deveras arriscada, pois, a qualquer momento, o alpinista pode desprender-se da rocha numa viagem fatal ao solo, empurrado pela força da gravidade. Princípios, assim, são fontes imediatas do direito na delicada operação de exegese do caso concreto que venha a ser submetido ao hermeneuta, que necessariamente deverá perpassar, em cada situação fática que se lhe apresente, por todo o sistema para que assim, por meio de uma análise axiológica sistemática, possa iniciar seu trabalho interpretativo com a certeza de atingir resultados seguros”.<sup>111</sup>

São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua inquestionável importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Hodiernamente, aliás, o estudo da principiologia ganha uma relevância ainda maior em razão do Texto Constitucional, que estabelece os princípios gerais interpretativos para todo o sistema, inclusive para as relações privadas (abrangidos, nessa toada, o contrato, a propriedade e a família).<sup>112</sup>

Observando os valores constitucionais, nota-se que a tônica principiológica é a prevalência de valores mais humanitários e sociais, inclusive no campo das relações privadas. “O destaque dos elementos sociais impregnará o direito privado de conotações próprias, eliminando resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é fim último da norma, equilibrando-se os diferentes interesses por ela regidos”, consoante o pensamento de CARLOS ALBERTO BITTAR.<sup>113</sup>

É mister, por isso, perceber a necessidade de revisitar, reler, os princípios fundamentais do Direito Civil, a partir das prescrições valorativas constitucionais, evitando incompatibilidades no sistema jurídico.

Valendo-se da advertência de PALOMA MODESTO, “todo o processo de descoberta da norma de decisão para a resolução dos casos passa, necessariamente, pelos princípios

<sup>110</sup> Por curiosidade, registre-se que o Monte Aconcágua (cuja tradução indica um sentido de *sentinela de pedra*), situado nas proximidades de Mendoza, na Argentina, Terra da uva malbec, com 6.960,8 metros de altitude, é, a um só tempo, o ponto mais alto das Américas, no hemisfério sul, e o mais alto fora da Ásia.

<sup>111</sup> CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual*, op. cit., p. 37.

<sup>112</sup> Sobre os princípios constitucionais e sua importância, inclusive para o Direito Civil, consulte-se: RUY SAMUEL ESPÍNDOLA. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999; e MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA e FIRLY NASCIMENTO FILHO. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>113</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*, op. cit., p. 26.

constitucionais – verdadeiros balizadores da realização e da concretização da Constituição –, não tendo pretensão de exclusividade”.<sup>114</sup> Impõe-se, dessa maneira, uma visão dos princípios do Direito Civil forjados a partir da legalidade constitucional, com o fito de dar vazão e concretude à própria Lei Maior. Até mesmo porque, na fase atual da nossa ciência, mais relevante do que afirmar os direitos constitucionais é dar-lhes *efetivação*.<sup>115</sup>

Não se olvide, pois, que os princípios são enunciados com força normativa e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

A outro giro, as regras são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais, mediante uma atividade de verdadeira subsunção, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata na norma atingindo-se um objetivo (conclusão almejada pela regra).

De fato, distintamente dos princípios (que possuem uma *textura aberta*), as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma *textura fechada*, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo.

Novamente com ROBERT ALEXY, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.<sup>116</sup>

São, portanto, *mandados de definição* – e não de *otimização*, qual os princípios.

Verticalizando, é de se notar que “toda regra pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios”.<sup>117</sup> Por isso, a interpretação e aplicação de uma regra está sempre balizada pelos fundamentos dos princípios que inspiraram a edição dessa regra. Trata-se, notadamente, de um resultado determinado almejado pela regra, a partir da compreensão dos caminhos abertos pelos princípios.

E, talvez, por conta dessa determinabilidade *prima facie* das regras, tenha se pretendido submeter as regras a uma clássica assertiva, lacônica e objetiva: *an all or nothing*.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> MODESTO, Paloma Santana. “A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações de direito privado”, op. cit., p. 397.

<sup>115</sup> Em passagem relevante, LUÍS ROBERTO BARROSO esclarece que, confirmado o processo de valorização da Constituição, “a ênfase recai em procurar-se propiciar a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos constitucionais, fazendo com que eles passem do plano abstrato da norma jurídica para a realidade concreta da vida. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho verdadeiro de sua função social” (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., p. 344).

<sup>116</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 90-91.

<sup>117</sup> BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, op. cit., p. 167.

<sup>118</sup> A expressão foi originariamente cunhada por RONALD DWORKIN, em famoso ensaio datado de 1967 (*Is law a system of rules?* In: SUMMERS, Roberto (Org.). *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1968. p. 38-65), sugerindo que as regras sejam normas que precisam ser cumpridas no modo “tudo



isto é, na aplicação das regras valeria a máxima do *tudo ou nada*, significando que se a regra é válida (= compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios norteadores daquela matéria), tem de ser aplicada efetivamente, mesmo que o resultado não seja razoável e socialmente adequado. Afinal de contas, uma norma-regra (com solução previamente definida) somente deixaria de ter aplicação concreta quando se mostrasse inválida – quando estivesse em rota de colisão com o sistema jurídico, aqui inseridos os princípios que lhe servem de norte para a edição e a aplicação.

Ilustrando o caminho até aqui pavimentado, pode-se exemplificar, no campo das relações familiares, com situações de fácil apreensão: ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o comando do art. 226 da Constituição da República consagra uma *norma-princípio* (notadamente, o princípio da *pluralidade das entidades familiares*), uma vez que há uma indeterminabilidade em seu conteúdo, cujo preenchimento será *casuístico*; distintamente, ao estabelecer as proibições de casamento (impedimentos matrimoniais), o art. 1.521 do Código Civil<sup>119</sup> estampa uma *norma-regra*, pois o seu conteúdo é *apriorístico*, já sendo possível antever o resultado a ser alcançado pela norma.

### 13.2 A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras

Talvez por conta da dimensão axiológica, da abertura, da abstração e da indeterminabilidade dos princípios, vem se percebendo uma tentativa de diminuição da importância das regras para o sistema jurídico.

Já se chegou a afirmar, até mesmo, que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. *A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos*. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”, consoante a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO.<sup>120</sup>

O reconhecimento da força normativa dos princípios, no entanto, não pode servir para amesquinhar as regras, colocando-as em plano de inferioridade ou relegando-as ao desprezo.

A indagação exsurge naturalmente, em meio à festejada supervalorização dos princípios: haveria uma preferência normativa por um determinado tipo de norma (no caso,

---

ou nada”. Isto é, as “regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. *Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão*” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit., p. 351).

<sup>119</sup> Art. 1.521, Código Civil: “Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

<sup>120</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, op. cit., p. 230.

os princípios), decorrendo um tipo prevalecente de aplicação da norma (a ponderação de interesses)?

A resposta há de ser negativa.

Malgrado a indiscutível relevância e força normativa dos princípios, não se pode sugerir que o sistema jurídico é, preferencialmente, principiológico, e, tampouco, que é um modelo regulatório prevalecente. Efetivamente, o ordenamento brasileiro, partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo.

Aliás, registre-se que, sob o ponto de vista quantitativo (e, por evidente, não qualitativo), o sistema brasileiro é mais *regulatório* do que principiológico. Bastaria verificar as normas contidas na Constituição da República para se concluir, com segurança e convicção, que há um volume muito maior de regras do que de princípios.<sup>121</sup>

Essa opção sistêmica por um maior volume de regras é consentânea com um ordenamento que trilha as pegadas do *civil law* (direito codificado), eliminando – ou, pelo menos, diminuindo – os problemas com a aplicação da norma, diminuindo um despotismo judicial e uma incerteza normativa.

As normas-princípios possuem um conteúdo aberto que cumpre a relevante função de oxigenar o sistema, a partir de um grau de abstração e indeterminabilidade. A outro giro, as normas-princípios estabelecem soluções prontas e acabadas, precisas para a vida em sociedade. *Inexiste, pois, dentro de um mesmo plano hierárquico, prevalência entre os princípios e as regras*, cumprindo, cada uma delas, um papel específico e altamente relevante.

Com a inexcédível lição de HUMBERTO ÁVILA: “As regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre a outra”.<sup>122</sup>

Nessa linha de intelecção, a outra conclusão não se pode chegar: a norma-regra não é afastada, sumariamente, pela norma-princípio. “Os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm uma função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável [...], funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos”.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> “Embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições constitucionais gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios”, como vem advertindo a nossa melhor doutrina (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, op. cit., p. 4).

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, op. cit., p. 5.

<sup>123</sup> Idem, ibidem.



Com efeito, uma regra, estabelecendo uma solução específica e concreta para um caso específico e concreto, somente não será aplicada se estiver em rota frontal de colisão com o Texto Constitucional (controle de constitucionalidade) ou se o seu conteúdo discrepa dos princípios norteadores do sistema. Ou seja, somente não se aplica a regra quando se mostrar *inválida*. Em se tratando de uma regra válida – e, por conseguinte, compatível com a Constituição e com os princípios inspiradores do próprio sistema –, não se mostra técnico ou razoável negar-lhe aplicação para promover a interpretação casuística de princípios em um caso específico já previamente valorado pelo legislador.

Volvendo a visão para o Direito das Famílias, pode-se antever a impossibilidade de afastar a incidência da regra que proíbe a bigamia (CC, art. 1.521),<sup>124</sup> com o fito de, pretensamente, aplicar o princípio da multiplicidade das entidades familiares (CF, art. 226, *caput*).<sup>125</sup> No ponto, havendo uma específica regra no sistema jurídico (compatível com a Carta Constitucional e harmônica com os princípios norteadores da proteção familiar), não se pode invocar um princípio para negar a opção legislativa.<sup>126</sup>

E, em arremate, urge uma advertência: não se imagine com a leitura dessas reflexões uma tentativa de desestímulo ou refreamento da força normativa dos princípios. Ao revés, pretende-se evidenciar a valorização dos princípios como normas abertas, de solução casuística e com relevante função no sistema. Os princípios são relevantes para o sistema e cumprem importantíssima função. Tão somente não se pode ignorar que as regras se inclinam, em meio a uma sociedade aberta, plural e multifacetada, a desempenhar a função de estabilizar conflitos e reduzir incertezas e arbitrariedades, exercendo, por igual, um papel relevante.

Regras e princípios, portanto, atuam no sistema jurídico com funções próprias e específicas, objetivando diferentes resultados. Grandezas diferentes, sem qualquer hierarquia normativa entre si.

### 13.3 Os princípios e a técnica de ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no Direito Civil

A natural abertura e plasticidade das normas-princípios trazem consigo, como consectário lógico, a possibilidade do estabelecimento de conflitos entre diferentes princípios,<sup>127</sup> quando de sua aplicação aos casos concretos.

<sup>124</sup> Art. 1.521, Código Civil: “Não podem casar: [...] VI – as pessoas casadas”.

<sup>125</sup> Art. 226, Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

<sup>126</sup> Calha à perfeição as lúcidas palavras de Humberto Ávila: “Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, *quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada*. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional *quando ela for inconstitucional ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário*” (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, op. cit., p. 6).

<sup>127</sup> Explica DANIEL SARMENTO que “longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em

Máxime a partir da constitucionalização do Direito Civil, quando as suas normas passaram, em inúmeras hipóteses, a ter um conteúdo aberto, conflitando, muita vez, com outras normas de mesmo patamar. Aliás, até mesmo entre diferentes normas constitucionais soem ocorrer tais conflitos. Pois bem, essa possibilidade de contradição entre diferentes princípios integrantes de um mesmo sistema é um fenômeno absolutamente natural e inevitável, pois na formação dele são acolhidas diferentes ideias fundantes, que podem conflitar entre si. Nem por isso, contudo, se perde a unidade sistêmica do todo.

Seguramente, os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, da anterioridade e da hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir tais colisões principiológicas, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação de cada um dos princípios em conflito.<sup>128</sup> E nessa ambiência surge, então, a *técnica de ponderação de interesses* para solucionar o entrechoque de diferentes normas-princípio, a partir de uma nova formulação.

Nessa arquitetura, a técnica de ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de decisão*, utilizada quando há colisão de princípios, importando, em nível prático, na superação à tradicional técnica de subsunção.

Nesse ponto, bem explica MANOEL JORGE E SILVA NETTO, partindo da premissa de que os valores impressos em um sistema são heterodoxos e muitas vezes conflitantes, que “a clássica operação de subsunção (premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma ao caso concreto) não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese, simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si”.<sup>129</sup>

Entenda-se: a ponderação dos interesses é uma técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual delas deve, em concreto, preponderar.<sup>130</sup> Daí se inferir que a ponderação de interesses é uma verdadeira *técnica de balanceamento*.

---

todas as demais disciplinas jurídicas” (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 23).

<sup>128</sup> A ponderação é uma técnica de decisão que se presta, portanto, para solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto “que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional”, nas palavras de ANA PAULA DE BARCELLOS. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, op. cit., p. 117.

<sup>129</sup> SILVA NETTO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 97-98.

<sup>130</sup> Para DANIEL SARMENTO o método de ponderação de interesses explicita preocupação com o caso concreto em que eclode o conflito, “pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação” (SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 97).

Com FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO, “a ‘lei da ponderação’ contém o seguinte enunciado: o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos”.<sup>131</sup>

Encarnado em didático espírito, LUÍS ROBERTO BARROSO descreve a utilização da técnica de ponderação de interesses em três etapas distintas:

“Na *primeira etapa*, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas[...] A existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho para a ponderação[...]. Na *segunda etapa*, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos[...] Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na *terceira etapa* que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção[...] Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso[...] Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade*”.<sup>132</sup>

Vale projetar a compreensão efetiva da técnica de ponderação de interesses a partir de um exemplo prático no campo familiarista.

Nas ações de investigação de paternidade, a formação da coisa julgada impediria a propositura de uma nova ação, após ter sido julgada improcedente a primeira demanda investigatória ajuizada, quando são descobertas novas provas? Trata-se de típico exemplo de colisão de princípios constitucionais. De uma banda, a coisa julgada e, lado outro, o direito à perfilhação. A partir da ponderação de interesses impõe-se colocar os princípios conflitantes em uma balança imaginária e buscar a solução que respeite, com mais vigor, a dignidade humana. Pois bem, dirimindo a questão, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que, ponderando os interesses, há de se permitir novas proposições de ações perfilhadoras, com base em novas provas:

“2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase

<sup>131</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, op. cit., p. 113. E conclui o autor: “Cuida-se, a bem ver, de revelar as razões da preferência de um princípio (*rectius*: interesse) em detrimento de outro. Em outras palavras: trata-se de saber o porquê de um interesse ter sido considerado mais valioso em determinado caso”.

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, op. cit., p. 334-335.

*absoluta quanto à existência de tal vínculo.* 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos”

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.2011, *DJe* 16.12.2011).<sup>133</sup>

Não se imagine, entretanto, que a coisa julgada estaria amesquinhada ou reduzida em sua dimensão. Com a técnica de ponderação, um dos princípios colidentes terá a sua aplicação episódica e casuisticamente afastada, sem sofrer redução de relevância.

Outro exemplo de ponderação de interesses diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, cuja utilização, no processo, está vedada por força do inciso LVI do art. 5º do Texto Constitucional, segundo o qual *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. A aplicação da técnica do balanceamento conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a privacidade. Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou o adolescente (CF, art. 227).

Os princípios do Direito Civil, portanto, conquanto tragam consigo uma indubitosa *força normativa*, podem exigir uma ponderação (balanceamento) para a sua aplicação, em face de uma colisão estabelecida com outros princípios de idêntica altitude normativa. A técnica da ponderação de interesses exsurge, nesse cenário, como o mecanismo para concretizar uma efetiva solução para o caso.

No particular das relações privadas, como consequência da constitucionalização das relações de Direito Civil e da natural exigência de uma interpretação conforme

<sup>133</sup> Outra não é a orientação que emana do Superior Tribunal de Justiça: “Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação, doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. [...] A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, Ac. 4ª T, REsp. 226.436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 4.2.2002, *RSTJ* 154: 403).

a Constituição, é necessário desenvolver técnicas capazes de produzir soluções que, operando multidirecionalmente, respeitem os mais diversos valores fundamentais presentes em cada conflito de interesses.

A ponderação de interesses é uma técnica utilizada para dirimir tensões estabelecidas em razão do entrechoque de diferentes normas-princípios em casos concretos. Ora, considerada a indubitosa aplicação dos direitos fundamentais nas relações de Direito Civil, é fatal reconhecer a não menos incontroversa utilização da técnica de ponderação de interesses como mecanismo seguro e eficaz de solução dessas colisões no âmbito privado.

Arrematando, cabe repetir, à exaustão, ser tarefa típica do jurista contemporâneo buscar a otimização dos interesses colidentes, almejando dar concretude ao valor máximo do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

### 13.4 A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos)

Ao lado da indiscutível relevância dos princípios para o sistema jurídico, impõe-se registrar a importância das *normas-regras*.

Partindo da premissa de que *normas-princípios* e *normas-regras* são espécies do gênero *normas jurídicas*, é fácil perceber que o Direito Civil está plasmado de ambas as categorias normativas, cada uma delas com relevância própria e específica para a solução dos conflitos privados estabelecidos na sociedade.

Reiterando-se, à exaustão, a inexistência de hierarquia entre os princípios e as regras, especialmente em face da ideia de *unidade da Constituição e das normas infraconstitucionais*, vale lembrar que o campo de atuação de cada uma das categorias é distinto: os princípios possuem um grau de abstração elevado, diferentemente das regras, que trazem soluções apriorísticas, previamente concebidas; os princípios, por serem abertos, reclamam atuação interpretativa do juiz, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; e, finalmente, os princípios exigem ponderação (balanceamento) para o caso de colisão, quando há um eventual entrechoque de princípios de mesma hierarquia, ao passo que as regras são aplicáveis pelo sistema do “tudo ou nada” (*an all or nothing*), preconizado, de há muito, por RONALD DWORKIN.<sup>134</sup>

Pois bem, no campo das relações privadas, por evidente, as *normas-princípios* e as *normas-regras* são aplicáveis com idêntica relevância prática e teórica, como sói ocorrer em qualquer outra seara da ciência jurídica. Se uma convenção de condomínio estabelece que os condôminos devem ser tratados com urbanidade e respeito, há o estabelecimento de um princípio. Por outro turno, se uma outra cláusula da convenção dispõe que a piscina somente pode ser utilizada até um determinado horário, indiscutivelmente, trata-se de norma-regra. E, como se pode notar, ambas com a mesma importância para aquela relação privada.

<sup>134</sup> Para maior aprofundamento, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 90-91.

Em visão pragmática, sem pretensão exaustiva ou totalizante, as regras possuem grande adequação para os casos fáceis (*easy cases*), enquanto os princípios se mostram particularmente adequados para a solução dos casos difíceis (*hard cases*).

Isso porque as regras possuem um *conteúdo simples*, *almejando um resultado determinado e um caráter de definitividade*, enquanto os princípios *assumem feição mais aberta e prospectiva*.

Não se olvide, porém, que a regra não perde o contato com os princípios que serviram para fundamentá-la quando de sua edição: “Toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador”.<sup>135</sup> A norma-regra, portanto, deriva das opções ideológicas apresentadas pelos princípios, guardando compatibilidade.

Contudo, a *especificação e a determinabilidade da norma-regra* podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isso porque *trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras (válidas e compatíveis com o sistema jurídico) podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo*.

Isso porque, conforme a elegante percepção de THOMAS BUSTAMANTE, “por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento devido, elas *somente estão baseadas em um montante finito de informações e, apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações*”.<sup>136</sup>

Aqui, visualiza-se o que denominamos *extreme cases* (casos extremos).<sup>137</sup>

São casos raros, de pouca ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases* (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos.<sup>138</sup>

É o que MANUEL ATIENZA, jusfilósofo da Universidade de Alicante, na Espanha, preferiu chamar de *casos trágicos*, uma vez que somente podem ser solucionados se for excepcionado o ordenamento jurídico como um todo. *Para esses casos, não existe uma resposta correta, e eles não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico*. “Um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do

<sup>135</sup> PECZENIK, Aleksander. Apud BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, op. cit., p. 157.

<sup>136</sup> BUSTAMANTE, Thomas. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, op. cit., p. 162.

<sup>137</sup> Registramos o imperativo agradecimento ao Professor Renato Salles, de Salvador (BA), que inspirou o uso dessa nomenclatura.

<sup>138</sup> A expressão *hard cases* foi utilizada por RONALD DWORKIN para designar os casos não cobertos por uma regra clara e específica, a determinar a sua solução (como devem ser decididos). Cf.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 127. Entre nós, vem se emprestando a denominação para definir as situações para as quais “a dogmática não oferece solução unívoca imediata, dependendo de uma construção posterior, alicerçada em proposições que sejam juridicamente adequadas e admissíveis” (TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*, op. cit., p. 51).



ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema”.<sup>139</sup>

Para esses casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.

A explicação de LUÍS ROBERTO BARROSO é clarividente: “Há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”.<sup>140</sup>

E a técnica da ponderação de interesses, minudentemente vista alhures, não serve para a solução do problema. Aqui, não se trata de balanceamento de princípios, em face da existência de uma regra clara.

Surge, então, nessa arquitetura, com o intuito de emprestar efetiva solução para os *extreme cases*, a possibilidade de *derrotabilidade das regras*, também chamada de *superabilidade* ou *defeasibility*.

Com a *derrotabilidade da norma-regra* é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.<sup>141</sup>

Explica HUMBERTO ÁVILA, com precisão cirúrgica:

“Há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da *finalidade subjacente à regra*, nem a *segurança jurídica que suporta as regras*, em virtude da *pouca probabilidade de reaparecimento frequente da situação similar*, por *dificuldade de ocorrência ou comprovação*”.<sup>142</sup>

Também com clareza solar, a cátedra pioneira de THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE:

“Pode haver razões para que se deixe de aplicá-las (as regras jurídicas) em certas situações especiais, o que permite sustentar que a incidência de uma norma sobre um caso

<sup>139</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, op. cit., p. 226.

<sup>140</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit., p. 356.

<sup>141</sup> A própria Bíblia Sagrada traz uma passagem em que se justifica a derrotabilidade da regra legal. Consta em Levítico 20:10: “Se um homem cometer adultério com a mulher de outro homem, com a mulher do seu próximo, o homem e a mulher adúltera serão punidos com a morte”. Os fariseus, conhecendo o texto da lei, indagaram, então, a Jesus Cristo, que pregava o perdão, se deveriam, efetivamente, cumprir a lei. Rabiscando na areia, Jesus disse-lhes que atirasse a primeira pedra quem nunca tivesse pecado. Os fariseus, atrapalhados, porque, efetivamente, já tinham pecado, e foram embora, deixando a adúltera com Ele. Então, disse Jesus: “Vai e doravante não tornes a pecar” (Jó 8,1-11).

<sup>142</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 117.

concreto não garante sua aplicação (pois ela pode vir a ser excepcionada) [...] Muitas das condições para a *aplicação do Direito* (*background conditions*) permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular”.<sup>143</sup>

Suplanta-se, assim, o “modelo ‘tudo ou nada’” (*an all or nothing*) de aplicação das normas-regras.<sup>144</sup>

Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, *superando a norma regulatória*, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). É como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, “*a menos que*” uma situação extraordinária se concretizasse.<sup>145</sup>

Com isso, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulamentação decorrente de uma norma-regra (afastamento pontual da norma de regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de *justiça social* (CF, art. 3º).

Até mesmo porque, cuidadosamente analisando, excepcionar a aplicação da norma-regra em um determinado caso *sub examine*, pode se justificar em nome dos próprios valores perseguidos pelas regras – que serão episodicamente superadas, permitindo uma decisão paradigmática e referencial para os casos símiles.

Sublinhe-se, por oportuno, que a *derrotabilidade é da norma-regra e não do texto normativo*. Até mesmo porque não se pode confundir o texto normativo com a norma estabelecida: um único texto pode conter diferentes normas e as normas, por seu turno, podem emanar de diferentes textos.

No direito inglês, já se encontram precedentes judiciais, admitindo, expressamente, a tese da superabilidade.<sup>146</sup>

Entre nós, em nível de precedente vertical, nota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora sem utilizar a expressão *derrotabilidade*, já teve ensejo de admitir a superação episódica de uma norma regulatória, apresentando solução casuística

<sup>143</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, op. cit., p. 476.

<sup>144</sup> Sobre o assunto, inclusive com essas referências, veja-se a feliz síntese de Pedro LENZA. *Direito Constitucional Esquematizado*, op. cit., p. 150.

<sup>145</sup> HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

<sup>146</sup> No caso “R. vs National Insurance Commissioner ex p. O’Connor” (1981 All E. R., 770), uma viúva que foi condenada por homicídio culposo do marido não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse na legislação de regência uma previsão expressa para a exclusão do benefício. No caso, criou-se uma solução para reconhecer que, embora a legislação aludisse, tão só, ao crime doloso, não se poderia “dar sustentação a direitos originados de ilícitos criminais praticados por seu titular (sem distinguir crimes dolosos ou culposos)”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, op. cit., p. 478).



específica, determinando o trancamento de uma ação penal.<sup>147</sup> Noutro *extreme case*, o Pretório Excelso deliberou com clareza meridiana, permitindo o sequestro de verbas de um estado da Federação, sem preterição de preferência, em um caso anômalo. A fundamentação do *decisum* merece atenção:

“Reclamação: sequestro de valores do Estado da Paraíba: alegação de desrespeito do julgado do Supremo Tribunal na ADIn 1.662 (Pleno, Maurício Corrêa, DJ 19.9.03): im procedência. Os fundamentos do ato reclamado, que determinou o sequestro de valores para pagamento de precatório oriundo de ação de cobrança ajuizada perante a Justiça comum estadual, não guardam identidade com o ato normativo invalidado pelo acórdão da ADIn 1662 (Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67/97, do Tribunal Superior do Trabalho), o que inviabiliza o exame da matéria na via estreita da reclamação.

[...] O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o sequestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. [...] Daí por que, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haverei de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais.

[...] De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso, o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus

<sup>147</sup> “O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 7.703/PE (DJU 11.9.1998, rel. Min. Marco Aurélio), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do DL 200/67 para conceder a ordem e trancar uma ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo Trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita Municipal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do DL 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit., p. 356).

textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento”

(STF, Ac. Unân., Tribunal Pleno, Agr. Reg. Recl. 3034/PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.9.2006, DJU 27.10.2006, p. 31).

Ainda tratando dos precedentes verticais, por igual, o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou, a toda evidência, da técnica da derrotabilidade das regras, sem, contudo, fazer uso da terminologia. Na espécie, a Corte afastou a exoneração de um servidor público que foi reprovado em estágio probatório por não ter alcançado a nota mínima na avaliação por uma (insignificante) diferença de, tão somente, 0,44177%. Superando a regra do edital do concurso, o Tribunal Superior afastou a exoneração, malgrado reconheça a razoabilidade do critério utilizado. Confira-se:

“3. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração.

4. A exoneração está calcada na reprovação no estágio probatório, porquanto não alcançado percentual mínimo de 80% (oitenta por cento), sendo o resultado efetivamente obtido de 79,55823%. *A diferença é de apenas 0,44177%, deveras ínfima e, portanto, incapaz de justificar a exoneração de cargo público, o que justifica o arredondamento*”

(STJ, Ac. Unân., 5ª T., REsp. 799.431/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.4.2009, DJe 5.4.2010).

Já no âmbito dos precedentes horizontais, há um interessante julgado, abraçando, expressamente, a teoria da *derrotabilidade da regra jurídica*, em matéria previdenciária. Veja-se:

“Benefício de prestação continuada. LOAS. Renda *per capita*. Necessidade de se contrapor a regra legal em face de todas as circunstâncias do caso. Antinomia em abstrato vs. Antinomia em concreto. ‘Derrotabilidade’ do § 3º do art. 20 da Lei 8.724/93.

1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do § 3º do art. 20 da Lei 8.724/93, o requisito da renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, *pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente*.

2. O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a ‘derrotabilidade’ (*defeasibility*) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF.

3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada para todas as demais hipóteses em que a norma se aplicaria” (TRF-1ª Região, Recurso JEF 2005.35007164388 – Goiânia, Rel. Juiz Juliano Taveira Bernardes. Disponível em: <www.go.trf1.gov.br/institucional/turma\_recursal/acordaos/2005>).<sup>148</sup>

<sup>148</sup> Registre-se, por oportuno, que, posteriormente à aludida decisão judicial, a norma legal em referência foi revogada.

Por evidente, a superabilidade das regras válidas diz respeito, basicamente, às situações imprevistas ou imprevisíveis quando da edição do enunciado normativo do seu texto. Ou seja, diante de um *extreme case*.

Efetivamente, não é possível imaginar a superabilidade em casos consolidados quantitativamente no cotidiano forense. Para casos corriqueiros (em que a regra se mostre inadequada por atingir os princípios), impõe-se utilizar outras técnicas de interpretação e de aplicação das normas. Um bom exemplo, inclusive, com aplicação no campo familiarista, é a técnica de *redução de significado das regras* (*reduction*).<sup>149, 150</sup> Manejando essa técnica, permite-se estreitar a efetiva compreensão do *mandado de definição* pretendido pela conteúdo da norma-regra, diminuindo o seu campo de abrangência. Aqui não se trata de derrotar a regra, mas de interpretá-la.

Reitere-se à saciedade que a aplicação da tese da *derrotabilidade das normas-regras* somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os *extreme cases* (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta.<sup>151</sup> É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.

Um interessante exemplo pode ser apresentado, elucidativamente.

É certo que os impedimentos matrimoniais são proibições decorrentes de uma norma-regra afirmando que determinadas pessoas não podem contrair casamento. É a proibição de casamento para certas pessoas entre si.<sup>152</sup> A justificativa é de natureza sanitária (saúde pública) e moral, obstando-se o casamento entre parentes em linha

<sup>149</sup> “Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica de *redução de significado* (*reduction*) de regras jurídicas válidas, por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da redução o tribunal reconhece uma exceção não escrita à incidência da norma, ou seja, *realiza uma modificação na regra jurídica*” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, op. cit., p. 478).

<sup>150</sup> No Direito das Famílias, já se nota um interessante caso de redução de significado (*reduction*) operado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se da interpretação redutiva do art. 1.707 do Código Civil, que estabelece a irrenunciabilidade dos alimentos, genericamente: “Pode o credor não exercer, porém *lhe é vedado renunciar o direito a alimentos*, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessação, compensação ou penhora”. Apesar da redação generalista da regra codificada, a jurisprudência superior fixou o entendimento de que a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros é válida e eficaz, restringindo a irrenunciabilidade aos alimentos devidos aos incapazes. Note-se ilustrativamente: “A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., EDcl no REsp. 832.902/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.10.2009, *DJe* 19.10.2009).

<sup>151</sup> Até porque se não fossem de caráter excepcional, já não mais justificariam a superabilidade episódica da norma-regra.

<sup>152</sup> Art. 1.521, Código Civil: “Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante”.

reta, ascendente ou descendente (essa relação é chamada, comumente, de *incesto*). A proibição ao incesto, portanto, é justificável normativamente. Postas essas ideias gerais, vale, então, encalamistrar uma hipótese pouco comum, mas crível: se dois irmãos se conhecem e se casam, estabelecendo uma relação entre marido e mulher, sem a ciência do vínculo fraternal que os entrelaça, inclusive com decorrência de prole, haveria nulidade casamentária, por conta do impedimento nupcial, decorrente da fria e insensível aplicação da regra à hipótese vertente? O caso é verídico, tendo ocorrido em terras espanholas. Vale a pena conferir a notícia:

“É pelo direito a casar-e que os espanhóis Daniel e Rosa Moya Peña lutam agora. A residir na Coruña, estes irmãos, que há 35 anos iniciaram uma relação marital, conseguiram em 2010 que o Estado espanhol os reconhecesse a ambos como progenitores dos filhos que entretanto já são adultos. Foram décadas a lutar nos tribunais.

‘Se morrer, já podem herdar de mim. Legalmente são meus filhos e não sobrinhos’, congratulou-se Daniel em declarações ao jornal espanhol *El País*.

A história do amor destes irmãos já foi levada aos ecrãs espanhóis no filme *Más que Hermanos*. Sinopse: Dani cresce com a irmã e a mãe, cuja traumática separação leva à institucionalização de alguns dos sete filhos. Rosa cresce num orfanato. Em 1977, divertia-se com as amigas numa discoteca de Madrid quando um desconhecido a convida para dançar. Recusa. Duas semanas depois, o acaso volta a juntá-los. Apaixonam-se. Seis meses depois reparam na coincidência dos apelidos. Confrontados os registos de nascimento verificaram que os pais eram os mesmos. Separaram-se. Na altura, o incesto ainda era crime. Cinco meses depois, concluíram que não conseguiam manter-se afastados. Assumiram a conjugalidade. As resistências que tiveram de furar não são alimentadas apenas por questões morais” (Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-portuguesa-nao-penaliza-amor-entre-irmaos-1547025>>).<sup>153</sup>

Ora, se a regra proibitiva do incesto é constitucional e compatível com o sistema jurídico, não há como se negar a aplicá-la (*an all or nothing*). O caso, portanto, seria de um casamento nulo, embora contraído de boa-fé – o que permitiria a projeção de alguns efeitos apenas, a partir da caracterização como casamento putativo (CC, art. 1.561). A relação afetiva, contudo, inexoravelmente, estaria desfeita, sem a possibilidade de se manter o núcleo familiar constituído. E, no particular, note-se que, inclusive, com a decorrência de prole. Lado outro, se a concepção de família é de *possibilidade de convivência*, salta aos olhos que, na hipótese prospectada, não se justifica invalidar a relação

<sup>153</sup> Caso assemelhado foi detectado na Alemanha: “Patrick Stuebing, 29 anos, e Susan Karolewski, 23, vivem num pequeno apartamento nos arredores de Leipzig, na antiga Alemanha Oriental, e parecem um casal como qualquer outro. A normalidade é só aparente: Patrick e Susan são irmãos e amantes. Há seis anos vivem como marido e mulher, têm quatro filhos[...]. ‘Muita gente desaprova, mas nós não estamos fazendo nada errado’, diz Patrick. Na semana passada, o casal anunciou que apresentará um recurso à Suprema Corte da Alemanha para que possa constituir legalmente uma família. Pela lei alemã, o sexo entre irmãos pode ser punido com até três anos de prisão. No Brasil, o casamento entre irmãos é proibido, mas não é crime manterem relações sexuais, desde que sejam maiores de dezoito anos” (Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/140307/p\\_092.shtml](http://veja.abril.com.br/140307/p_092.shtml)>).

casamentária estabelecida entre irmãos (que não conheciam tal condição) e que, posteriormente, efetivaram um núcleo familiar, centrado em solidariedade, respeito e afeto. A toda evidência, sacrificar essa comunhão de afetos estabelecida nesse caso seria um golpe no próprio sistema jurídico, que estabelece *especial proteção para os núcleos afetivos*. Até porque, ao proceder assim, estar-se-ia utilizando a regra (CC, art. 1.521, estabelecendo a proibição do incesto) para sacrificar os valores perseguidos pelo sistema jurídico como um todo e, particularmente, por ela mesma. O que se pretende com a proibição de incesto é evitar um prejuízo para a convivência familiar (por conta dos potenciais efeitos deletérios), mas não sacrificar uma comunhão de vidas formada entre irmãos que, sequer, conheciam essa condição. Por isso, *o caso seria de superabilidade (derrotabilidade) da regra proibitiva do incesto, afastando a norma específica e reconhecendo, casuisticamente, a validade e a eficácia do matrimônio*. Advirta-se, por oportuno: não se imagine, com isso, que o impedimento matrimonial decorrente da proibição de incesto estaria sendo afrontando ou eliminado do sistema jurídico; apenas, e tão somente, será superado no caso concreto, por meio da *derrotabilidade (defeseability)*, para privilegiar as circunstâncias específicas de um verdadeiro *extreme case*.

Em casos tais, *supera-se, em concreto apenas, a norma regulatória, afastando-a episodicamente, permitindo uma decisão judicial baseada na coerência, homenageando os valores humanistas da Constituição da República*.

## 14

### OS PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL E AS SUAS TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS

Sob a inspiração desse ideal de efetivação de direitos constitucionais, especialmente do princípio da *dignidade da pessoa humana* (que é o vetor de todo o sistema jurídico), há de se checar os princípios (proposições fundamentais) que permeiam o Direito Civil.

Assim, com essa visão constitucionalizada, é possível apresentar como princípios basilares do Direito Civil:

- i) *a personalidade* (revelando que todo ser humano é capaz de titularizar obrigações e direitos);
- ii) *a autonomia privada limitada* (pelo qual se evidencia o poder de praticar ou se abster dos atos de acordo com o interesse e conveniência do titular, dentro de determinados limites, sem prejudicar a terceiros e à coletividade e respeitada a ética negocial que se espera de todos);
- iii) *a liberdade de estipulação negocial* ou *a autonomia privada regrada* (explicitando a possibilidade de escolher o conteúdo e as categorias dos atos jurídicos praticados, respeitada a boa-fé objetiva e a função social do contrato);
- iv) *a propriedade individual, cumprida a função social* (exprimindo a possibilidade de constituir patrimônio);

- v) a *intangibilidade e pluralidade familiar* (querendo significar o *equilíbrio entre a proteção da família e a dignidade da pessoa humana*, constituindo os diferentes tipos de constituição de família uma verdadeira *célula mater* da sociedade e expressão imediata do ser);
- vi) a *legitimidade da herança e direito de testar* (decorrente do poder sobre os bens);
- vii) a *solidariedade social* (buscando conciliar as exigências coletivas com os interesses particulares).

Demais disso, não se pode olvidar a *boa-fé objetiva* como princípio fundamental das relações civis, especialmente das relações negociais, obrigacionais e contratuais. Não prevista na estrutura codificada de 1916, a *boa-fé objetiva* materializa uma necessária compreensão ética das relações privadas. Aliás, já tivemos oportunidade de afirmar, com convicção, que a *boa-fé objetiva* “significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade”.<sup>154</sup> A Lei Civil, inclusive, acolhe a *boa-fé objetiva* de forma expressa, como princípio fundamental das relações jurídicas privadas, mencionando-a nos arts. 113 e 422, como regra interpretativa dos negócios jurídicos e das obrigações como um todo, como mecanismo de imposição de limites ao poder de contratar e para estabelecer deveres implícitos nas relações do mundo negocial.

De igual sorte, impossível esquecer a *função social* como imprescindível conteúdo dos institutos patrimonialmente apreciáveis da ciência jurídica, como a propriedade e o contrato. Em outras palavras: os institutos civilistas com expressão econômica (como, por exemplo, a propriedade e o contrato) trazem em sua estrutura interna, em seu conteúdo, fundamentalmente, uma *função social*, obstando um exercício egoístico das titularidades. Aliás, a própria Codificação reconhece esse entendimento como se nota a partir da leitura dos arts. 421 e 1.228.

Fruto dessa *socialização das relações patrimoniais*, apesar da histórica influência do princípio da *autonomia da vontade*, é certo que o Direito Civil – no Brasil, especialmente após a Carta Constitucional de 1988 – sofre alterações significativas no seu conteúdo valorativo. É que, como já dissemos noutra sede, a *socialidade da norma civil* ou a *função social do direito civil* “consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes das relações jurídicas – bem como entre eles e a sociedade –, a fim de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem (fim) comum da relação jurídica”.<sup>155</sup>

É a *despatrimonialização* apontada pela doutrina mais contemporânea.

Com isso, “entrecorta-se o Direito Civil por limitações de índole pública e, mesmo privada, que lhe imprimem nos dias presentes um cunho de direito submetido a interesses públicos – a uma *função social*, fator esse declarado, inclusive por expresse em Constituições do nosso século”, na observação de CARLOS ALBERTO BITTAR.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*, op. cit., p. 32.

<sup>155</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Obrigações*, op. cit., p. 21.

<sup>156</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*, op. cit., p. 24 ss.



É que os princípios gerais do Direito Civil passam a ter, como motor de impulsão, uma compreensão *socializada*, por conta da Carta Maior (art. 3º, III), justificando-se tal orientação com o escopo de reequilibrar as relações sociais. ORLANDO GOMES já era contundente: “Não seria possível interpretar e aplicar uma lei com desconhecimento ou desprezo de sua finalidade social”.<sup>157</sup>

Não discrepa o eminente Professor paranaense LUIZ EDSON FACHIN, grande mente das ciências jurídicas na pós-modernidade, lembrando que “a tendência social revela aos titulares dos direitos subjetivos sensível horizonte diverso. Trata-se do exercício da solidariedade social, e esta – como bem disse o Professor ORLANDO DE CARVALHO – não se capta com esquemas jurídicos: constrói-se na vida social e econômica”.<sup>158</sup>

Há de se ter na tela da imaginação, nesse panorama, que o problema a se descortinar em nossos olhos (muitos ainda atônitos pela velocidade com que se operam os avanços da tecnologia e da evolução comunitária humana) não é mais o de *fundamentar as novas relações jurídicas*, mas sim *protegê-las*. Não se trata mais de conceber a existência, ou não, de novas relações jurídicas originadas desses avanços tecnológicos, científicos, culturais e (por que não?) humanos concretamente existentes.

Enfim, a grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a proteção a ser conferida aos cidadãos (*rectius*, aos entes dotados de personalidade como um todo, para que não se exclua parcela de interessados) perante essas novas relações jurídicas. É de se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação. E reconheça-se que *o ponto de partida para tanto deve estar, sempre, no conceito de cidadania*.<sup>159</sup> Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da Ciência Jurídica, será a ponte, o elo, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um Direito Civil mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descortinem na sociedade. Um Direito mais real, humano e, por conseguinte, justo.<sup>160</sup>

Nenhum reflexo de novos temas ou avanços no Direito poderá colidir ou afrontar a ideia de *cidadania*, que se constitui marco fundamental, pedra angular, dessas novas relações jurídicas, como, inclusive, ressaltado pelo art. 1º, III, da *Lex Mater*, que estabelece como princípio fundamental da República brasileira a *dignidade da pessoa humana*. Esse o ponto de partida.

Nesse passo, sobreleva reconhecer como (incontroversa) *tendência do Direito Civil*, especialmente a partir de sua compreensão na legalidade constitucional, a (*re*)

<sup>157</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 26.

<sup>158</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, op. cit., p. 331.

<sup>159</sup> LUIZ EDSON FACHIN, com habitual proficiência, leciona que o “conceito de cidadania pode ser o continente que irá abrigar a dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria” (*Teoria Crítica do Direito Civil*, op. cit., p. 330).

<sup>160</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. “A proteção do consumidor na era da globalização”, op. cit., p. 83.

*personalização da ciência privada*, voltando a pessoa humana a ser a grande referência do Direito Civil,<sup>161</sup> só que, dessa feita, conferindo-se maior relevância à promoção da inderrogável dignidade da pessoa humana. Com efeito, a *pessoa humana*, mais do que simples titular de negócios e bens jurídicos, passa a ser o centro epistemológico do Direito Civil, a *ratio essendi* da ciência privada, que passa a ter como finalidade a afirmação de sua dignidade.

E mais ainda. Assentada a imprescindível compreensão constitucionalizada do Direito Civil (que tomou como norma vinculante os princípios constitucionais), é preciso evitar que, doravante, o Código Civil seja referido como sinônimo de Direito Civil. Para tanto, é preciso afirmar, permanentemente, os princípios e normas constitucionais, emprestando-lhes efetividade (concretude), tornando-os vivos, pulsantes em nosso cotidiano jurídico. Mas uma advertência se faz necessária: não se pode resumir os valores constitucionais ao texto formal de 5 de outubro de 1988, sendo imprescindível conferir maior elasticidade e mobilidade à dimensão substancial da Constituição, atingindo um resultado efetivo dos princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Interessante exemplo pode ser cogitado. Seria possível reconhecer o dever de prestar pensão alimentícia nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (chamadas, doutrinariamente, de uniões homoafetivas), apesar da aparente restrição contida no art. 1.694 do Código Civil, que afirma serem devidos alimentos entre cônjuges (por conta do casamento), entre companheiros (em razão da união estável) e entre parentes, apenas? Ora, apesar da aparente resposta negativa, decorrente de uma interpretação imóvel e letárgica da norma civil, é inexorável afirmar a existência da obrigação alimentícia também nas uniões homoafetivas. É que, a partir da normatividade constitucional, há de se reconhecer a pluralidade das entidades familiares, conferindo proteção jurídica a toda e qualquer forma de manifestação de afeto (CF, art. 226, *caput*). Além disso, é a própria Lei Maior que afirma a igualdade substancial entre toda e qualquer pessoa humana, além de preservar a sua dignidade e assegurar a busca da solidariedade social (CF, arts. 1º, 3º e 5º). Diante disso, é fácil asseverar a existência da obrigação alimentar também nas uniões entre pessoas do mesmo sexo, respeitando a cidadania alvitrada constitucionalmente, a partir da verdadeira latitude da norma civil (CC, art. 1.694), compreendida à luz da legalidade constitucional. A tudo isso acrescente-se que a Excelsa Corte, em decisão unânime prolatada em controle de constitucionalidade, reconheceu a natureza *familiar* das uniões homoafetivas, colocando pá de cal na discussão e afirmando, por vias reflexas, serem cabíveis os alimentos nas uniões homoafetivas.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> LEONI LOPES DE OLIVEIRA, com o mesmo pensar, aponta que o *verdadeiro núcleo do Direito Civil* é a *pessoa humana*, estando a ciência “a disposição do homem enquanto pessoa, isto é, sujeito das relações jurídicas” (*Introdução ao Direito*, op. cit., p. 85).

<sup>162</sup> “3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. *Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por*



Enfim, é o Direito Civil quem tem de ser compreendido pela norma constitucional e não o inverso.

Pois bem, trilhando o caminho aberto pela visão futurista de LUIZ EDSON FACHIN, “é preciso ir mais longe. Navegar outros mares e captar o ‘direito vivente’, evitando construir o futuro com a sombra do que passou”, para que possa o direito ver “um futuro diferente disso que aí está”.<sup>163</sup>

*pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.* Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). *Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.* Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. *A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo.* Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. *Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.* Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’[...] *Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva*” (STF, Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, DJe 14.10.11).

<sup>163</sup> FACHIN, Luiz Edson. “A ‘reconstitucionalização’ do Direito Civil Brasileiro: Lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios”, op. cit., p. 19.

# II

## A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

### SUMÁRIO

1 Noções gerais. 2 As fontes do direito. 2.1 Considerações introdutórias. 2.2 Fontes materiais, formais e não formais. 2.3 Fontes imediatas e mediatas. 3 Interpretação das normas. 4 Integração das normas. 5 Vigência das normas. 6 A obrigatoriedade das normas. 7 A eficácia das leis no tempo. 8 Eficácia das leis no espaço. 8.1 A aplicação da lei estrangeira e o princípio da territorialidade mitigada. 8.2 O respeito à ordem pública como filtro para a admissão da lei estrangeira no território nacional. 8.3 A aplicação da sentença ou laudo arbitral estrangeiro e o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça. 8.4 Prova dos fatos ocorridos no exterior. 8.5 O direito das famílias e a sua aplicação no espaço (direito internacional das famílias).

*“E é como se então, de repente, eu chegasse ao fundo do fim, de volta ao começo, ao fundo do fim, de volta ao começo.”*

*(De volta ao começo, de LUIZ GONZAGA JÚNIOR)*

*“Mas eu sou o amargo da língua, a mãe, o pai e o avô;  
O filho que ainda não veio; o início, o fim e o meio.  
Eu sou o início, o fim e o meio.”*

*(RAUL SEIXAS, Gita, de RAUL SEIXAS e PAULO COELHO)*

# 1

## NOÇÕES GERAIS

A outrora designada Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (agora, com nova – e melhor – terminologia, intitulada *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*) é o Decreto-lei nº 4.657/42, composto por 19 artigos, versando sobre normas e princípios que ultrapassam as latitudes e longitudes do Direito Civil, sendo, efetivamente, aplicáveis a todos os ramos da ciência jurídica.<sup>1</sup>

Ao contrário do que parecia sugerir a sua antiga nomenclatura (*Lei de Introdução ao Código Civil*), em verdade, a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* não dispõe sobre matéria de Direito Civil, tratando de aspectos gerais relativos à aplicabilidade das normas jurídicas, como um todo. Alcança, pois, toda e qualquer norma jurídica, seja de direito privado ou de direito público.

Bem por isso, o advento do Código Civil de 2002, sem sombra de dúvidas, em nada afetou a Lei de Introdução, que continua vigente em sua inteireza, não tendo sofrido revogação, exatamente em face da distinção de seu objeto em relação à Codificação Civil:<sup>2</sup> enquanto a Lei Civil cuida da proteção jurídica da pessoa humana, a Lei de Introdução se ocupa das regras jurídicas sobre a própria lei.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aliás, representa uma manifestação da tradição jurídica ocidental, oriunda do Direito francês.

Explicam TEREZA CRISTINA MONTEIRA MAFRA, MÔNICA SILVEIRA VIEIRA, MÔNICA ARAGÃO M. FERREIRA E COSTA e MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES que, na França, antes da entrada em vigor do seu Código Napoleônico de 1804, detectou-se a necessidade de editar uma norma legal “que regulasse a aplicação das normas jurídicas no Estado. Tal ideia de uma Lei de Introdução ao Código foi adotada pelos demais ordenamentos jurídicos europeus, tendo chegado ao Código Civil brasileiro”.<sup>3</sup>

A ideia presente na Lei Introdutória, portanto, é estabelecer parâmetros gerais para a elaboração, a vigência e a eficácia das leis, além da interpretação, integração e aplicação das próprias normas legais, genericamente compreendidas. Revela, indubitavelmente, matéria de grande importância, que se espalha por todo o ordenamento jurídico, não se confinando aos contornos do Direito Civil, aplicável que é a toda e qualquer norma legal, seja qual for a sua natureza.

<sup>1</sup> Essa aplicação universal sofre algumas limitações, como a impossibilidade de aplicação de alguns institutos previstos na lei introdutória. Exemplificando, vale lembrar que no Direito Penal e no Direito Tributário, a aplicação da analogia, como regra integratória da norma, não pode implicar a criação de sanções penais (crime ou contravenção penal) ou de tributos. De qualquer forma, vale registrar a possibilidade de utilização da analogia no Direito Penal, dès que *in bonam partem*, isto é, em favor do réu. Por igual, no Direito Tributário admite-se a analogia como critério integrativo, ressalvada a possibilidade de exigência de tributo não previsto em lei (CTN, art. 108, § 1º).

<sup>2</sup> Nesse sentido, MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 57.

<sup>3</sup> MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão M. Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código Civil de 2002*, op. cit., p. 33.

Trata-se, assim, de norma anexa ao Código Civil (e a qualquer outro diploma legal), porém autônoma, independente. Tem *status* de lei ordinária e, a toda evidência, não está incluída no âmbito do Estatuto Civil, cujo conteúdo se volta para a proteção das relações jurídicas de ordem privada.

Enfim, não é (e não poderia ser) “parte integrante do Código Civil, constituindo tão somente uma lei anexa para tornar possível uma mais fácil aplicação das leis”, como anota MARIA HELENA DINIZ.<sup>4</sup>

Não se trata propriamente, dessa maneira, de uma lei introdutória ao Código Civil, mas, de verdadeira *lei de introdução às normas jurídicas*. É uma espécie de *manual sobre como devem ser elaboradas as leis*. Traça os parâmetros para a elaboração, vigência e eficácia das leis, bem assim como as regras e os princípios de aplicação, interpretação e integração do Direito. Aliás, acolhendo essas considerações (que eram apresentadas desde a primeira edição desta obra), foi editada a Lei nº 12.376/10, estabelecendo, expressamente, em seu art. 2º:

Art. 2º, Lei nº 12.376/10:

“A ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação:

*‘Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro’.*”

Na síntese feliz de WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, cuida-se de “um conjunto de normas sobre normas”.<sup>5</sup>

Na realidade, constitui um conjunto de normas preliminares de aplicação universal, à totalidade do ordenamento jurídico. Ou seja, um direito que tem o fito de regulamentar o próprio direito. Por isso, a sua aplicação aos diferentes ramos da ciência evidenciando que tende a muito mais do que a nomenclatura insinua.

As principais funções da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro são:

- i) determinar o início da obrigatoriedade das leis (art. 1º);
- ii) regular a vigência e eficácia das normas jurídicas (arts. 1º e 2º);
- iii) impor a eficácia geral e abstrata da obrigatoriedade, não admitindo a ignorância da lei vigente (art. 3º);
- iv) traçar os mecanismos de integração da norma legal, para a hipótese de lacuna na norma (art. 4º);
- v) delimitar os critérios de hermenêutica, de interpretação da lei (art. 5º);
- vi) regulamentar o direito intertemporal (art. 6º);
- vii) regulamentar o direito internacional privado no Brasil (arts. 7º a 17),<sup>6</sup> abrangendo normas relacionadas à pessoa e à família (arts. 7º e 11), aos bens (art. 8º), às

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, op. cit., p. 3.

<sup>5</sup> Apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 57.

<sup>6</sup> Com idêntico raciocínio: CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 14; e MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 57.

obrigações (art. 9º), à sucessão (art. 10), à competência da autoridade judiciária brasileira (art. 12), à prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro (art. 13), à prova da legislação de outros países (art. 14), à execução da sentença proferida por juiz estrangeiro (art. 15), à proibição do retorno (art. 16), aos limites da aplicação da lei e atos judiciais de outro país no Brasil (art. 17) e, finalmente, aos atos civis praticados por autoridades consulares brasileiras no estrangeiro (arts. 18 e 19).

Nessa linha de entendimento, cuida a Lei de Introdução de uma norma legal de caráter geral, destinada a orientar, servir como norte, a edição e a efetiva aplicação da norma jurídica em nosso país.

## 2 AS FONTES DO DIREITO

### 2.1 Considerações introdutórias

O vocábulo *fontes*, em sentido etimológico, vem de *fons-tis*, significando nascente de água, isto é, aquilo que se origina ou produz. Daí se dizer que “para se chegar à fonte, é preciso nadar contra a corrente”.<sup>7</sup>

A partir dessa ideia, é possível afirmar que a expressão *fontes do direito* pertine ao seu nascedouro, à sua origem, ao lugar de onde emana. Por óbvio, a referência há de ser compreendida de forma muito mais ampla do que, exclusivamente, relacionada ao direito objetivo (até porque o ordenamento jurídico transcende a positivação).

Por isso, já se disse “que as fontes são os elementos geradores do direito, ou os elementos de onde deriva o direito”, na visão de ARNALDO RIZZARDO.<sup>8</sup>

A finalidade das fontes é servir como *função de garantia*, impedindo que o juiz, ao decidir os casos concretos que lhe são postos, deixe transbordar o seu subjetivismo. Impede, pois, o julgamento centrado em critérios pessoais.

Importante indagação se pode formular: quais são as fontes do direito?

Pois bem, diferentes critérios existem para classificar as fontes, fazendo com que sejam reconhecidas diferentes fontes do direito.

### 2.2 Fontes materiais, formais e não formais

As *fontes materiais* ou *fontes no sentido sociológico* são aquelas causas que determinam a formulação da norma jurídica (direito objetivo). Ou seja, os seus motivos sociais,

<sup>7</sup> Assim, LEONI LOPES DE OLIVEIRA, chegando mesmo a concluir, em linguagem filosófica, que “fontes de direito parecem ser os locais onde vamos colher (e onde jorra) a pura, a cristalina água lustral do Direito” (*Introdução ao Direito*, op. cit., p. 161).

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 37.

éticos, filosóficos, econômicos etc., tudo aquilo que, colhido na realidade viva da sociedade, serve para influir no espírito do legislador na edição legislativa.

LEONI LOPES DE OLIVEIRA formula interessante exemplo: “Saber por que o legislador da Lei nº 9.278/96<sup>9</sup> estabeleceu dever alimentar e sucessório entre companheiros, aqueles que vivem em união estável, é procurar as fontes materiais dessas normas. Então, iria se perquirir, sob o ponto de vista filosófico, quais os motivos de justiça, de segurança das relações, das necessidades econômicas de proteger a companheira que ajudou na aquisição do patrimônio comum etc.”.<sup>10</sup>

Desse modo, as *fontes materiais* podem ser classificadas em *históricas, orgânicas, filosóficas, sociológicas* etc.

De outra banda, as *fontes formais* do direito são as que determinam os *modos de formação e de revelação das normas jurídicas*. Equivale a dizer, as fontes formais indicam os meios através dos quais o direito objetivo se manifesta.

Oportuno registrar, nesse particular, que há controvérsia quanto à classificação das fontes formais. Sintetizando a discussão doutrinária, ORLANDO GOMES, após enfatizar a inexistência de consenso na classificação das fontes formais do Direito, destaca que “alguns doutrinadores reduzem-nas à lei e ao costume; outros acrescentam a jurisprudência e os princípios gerais do Direito; e os mesmos precisos incluem ainda a doutrina e a equidade”.<sup>11</sup>

Com efeito, é de se concordar com o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, tomando por base o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, compreendendo, então, como fontes formais do direito *a lei* (em sentido amplo, significando a norma jurídica, englobando, não apenas a norma legal, mas também os decretos, regulamentos, portarias, atos administrativos, contratos sociais, convenções de condomínios etc.), *a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*.<sup>12</sup> Ademais, há de se atentar para o fato de que as fontes formais se subdividem em *principal* e *acessória*. Aquela (fonte formal principal) é *a lei*, enquanto as demais são as fontes formais acessórias, também ditas secundárias. No ponto, convém realçar que também poderiam ser encalamistradas como fontes formais secundárias do Direito as *normas coletivas decorrentes do poder normativo da Justiça do Trabalho* (isto é, a possibilidade de a Justiça Especializada do Trabalho estabelecer normas jurídicas para determinadas categorias, através dos dissídios coletivos) e as *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal. Não se ignora que ambas decorrem, expressamente, de previsão legal, motivo pelo qual podem ser elencadas como fontes formais secundárias.

<sup>9</sup> No Código Civil, a matéria em exemplo (direito aos alimentos e direito à sucessão entre os companheiros) está tratada nos arts. 1.694 e 1.790, respectivamente, este último, inclusive, de duvidosa constitucionalidade, estabelecendo regime sucessório para o companheiro distinto dos direitos sucessórios reconhecidos ao cônjuge sobrevivente (arts. 1.829 a 1.837).

<sup>10</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 157.

<sup>11</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 39.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 56-57.

Há, ainda, as fontes *não formais* do direito, que são a *doutrina* e a *jurisprudência*. Nesse ponto, sem dúvida, não é possível resumir as fontes do Direito às fontes formais (lei – *rectius*, norma jurídica, costumes, analogia e princípios gerais de direito), esquecendo da jurisprudência e da doutrina. É certa e incontroversa a influência da orientação científica emanada dos estudiosos da ciência, bem como dos caminhos de compreensão abertos pela reiteração de decisões pelos nossos tribunais.<sup>13</sup>

## 2.3 Fontes imediatas e mediatas

Também a partir do entendimento emanado do art. 4º da Lei de Introdução, é possível fixar a divisão das fontes do direito em *imediatas*, também ditas *diretas*, e *mediatas*, igualmente denominadas *secundárias*.

Em primeiro lugar, como fonte imediata, encontra-se a *lei*, evidenciando a sua primazia sobre as demais fontes. Com isso, é possível antever uma “hierarquia das fontes, onde tem preferência, onde está no topo da pirâmide, a lei”, de acordo com a lição de LEONI.<sup>14</sup> É bem verdade, de qualquer modo, que há uma irresistível tendência a uma compreensão mais valorativa do Direito, diminuindo a importância da norma positivada, ampliando a importância principiológica.<sup>15</sup> Até porque é importante ter em tela, sempre, a fórmula proposta por MIGUEL REALE de que o Direito não é apenas *norma*, mas, também, *fato* e *valor*, na sua reconhecida *teoria tridimensional do Direito*.

Sendo omissa a norma jurídica (isto é, a norma-regra e a norma-princípio), deve o juiz, então, decidir aplicando a *analogia*, os *costumes* e os *princípios gerais de direito* (sem prejuízo de utilização da *doutrina* e da *jurisprudência*, como instrumentos auxiliares), que se constituem fontes *mediatas* ou *secundárias*.

Segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, a *lei* é a “regra geral que, emanando de autoridade competente, é imposta, coativamente, à obediência de todos”,<sup>16</sup> passando a existir no ordenamento jurídico e estando apta a produzir efeitos a partir da promulgação.<sup>17</sup>

A *analogia* consiste em aplicar a alguma hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante. Como salienta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, a *analogia* consiste “em aplicar à hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante”.<sup>18</sup> Vale recordar que a analogia, no sistema jurídico brasileiro, também é considerada mecanismo de integração da norma, como será visto alhures.

<sup>13</sup> Assim, também, em opinião que merece abono: RIZZARDO, ARNALDO. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 36.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 169.

<sup>15</sup> Consulte-se, a respeito, a interessante monografia de ALBERTO GOSSON JORGE JÚNIOR. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, op. cit., em especial, p. 25 ss.

<sup>16</sup> Apud SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 19.

<sup>17</sup> DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR esclarece que, enquanto a sanção “é ato de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo que manifesta, expressa ou tacitamente, a sua concordância com o projeto de lei já aprovado pelo Congresso”, a “promulgação é a declaração oficial de que a lei existe, é autêntica e está pronta para ser executada” (*Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 912-913).

<sup>18</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 40.



Já os *costumes*, por seu turno, são as práticas longevas, uniformes e gerais, constantes da repetição geral de comportamentos, que, pela reiteração, passam a indicar um modo de proceder em determinado meio social. É a norma criada e afirmada pelo uso social, de maneira espontânea, sem a intervenção legislativa. Deve ser compreendido por dois diferentes ângulos: (i) *objetivo*, caracterizado pela repetição ou reiteração; (ii) *subjetivo*, percebido pela convicção de sua necessidade.<sup>19</sup>

Finalmente, os *princípios gerais de direito*, como o próprio nome indica, são os postulados extraídos da cultura jurídica, fundando o próprio sistema da ciência jurídica. São ideais ligados ao senso de justiça. Emanam do Direito Romano, sintetizados em três axiomas: não lesar a ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e viver honestamente (*honeste vivere*). A previsão para a aplicação dos princípios gerais do direito, na omissão da lei, vem encartada em diversos ordenamentos jurídicos, como no Direito português (CC, art. 1º), no Direito espanhol (CC, art. 1º) e no Direito argentino (CC, art. 16).

Para bem utilizar essas fontes jurídicas, é comum recorrer ao auxílio prestado pela doutrina e pela *jurisprudência*.

A *doutrina* é o entendimento firmado pelos juristas de um determinado ordenamento jurídico, equacionando as questões relacionadas ao estudo do Direito. Por isso, é chamada também de *direito científico* ou *direito dos juristas*. Hodiernamente, de maneira praticamente unânime, vem se entendendo que a doutrina é fonte não formal do direito, porque se revela através da influência sobre o espírito dos profissionais da ciência jurídica. Basta perceber a importante influência da doutrina sobre o magistrado quando da aplicação da lei. Veja-se, a título ilustrativo, que, muita vez, o legislador transfere para a doutrina o trabalho de construir determinados conceitos e delimitar a extensão de algumas normas. São os chamados *conceitos vagos*. É o caso, *exempli gratia*, da parte final do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil, aludindo à intervenção do Ministério Público, no processo civil, nas causas em que estiver presente o *interesse público*. Trata-se, nitidamente, de conceito indeterminado (interesse público) que deverá ter o seu balizamento afirmado pela doutrina.<sup>20</sup>

No que respeita à *jurisprudência*,<sup>21</sup> vislumbra-se como o conjunto de decisões judiciais proferidas em determinado sentido, afirmando a existência de uma linha de orientação sobre determinados temas. Pressupõe dois elementos: o conhecimento do Direito

<sup>19</sup> Assim, LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 173.

<sup>20</sup> Sobre o assunto, buscando dar sentido ao mencionado dispositivo legal, importa esclarecer que a expressão *interesse público* não diz respeito ao interesse do Poder Público, devendo ser entendida a partir do art. 127 da Constituição Federal, que afirma dever atuar o Ministério Público na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo-lhe vedado prestar assessoria, judicial ou extrajudicial, às entidades da Administração Pública, que possuem representação judicial própria. Remeta-se, acerca do tema, à lição de EDUARDO ARRUDA ALVIM. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 73. A jurisprudência se orienta nesse caminho: “Não se pode confundir interesse da Fazenda Pública com interesse público. Interesse público é o interesse geral da sociedade, concernente a todos não só ao Estado” (STJ, REsp. 167.894/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 24.8.1998, p. 25).

<sup>21</sup> LEONI LOPES DE OLIVEIRA recorda que o vocábulo *jurisprudência* deriva do latim *iurisprudencia*, significando a aplicação das normas e princípios em determinado sistema jurídico. Cf. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 176.

(pelos aplicadores) e sua aplicabilidade no caso concreto. Entre nós, após o advento da Emenda Constitucional nº 45, de acordo com a redação do art. 103-A da Carta Constitucional, a jurisprudência ganhou especial importância, podendo, até mesmo, vincular a decisão do juiz de primeiro grau de jurisdição, quando se tratar de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional. É o que se convencionou chamar *jurisprudência com efeito vinculante*, ou simplesmente, *súmula vinculante*.

Reza, nesse diapasão, o art. 103-A da Carta Constitucional: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Pois bem, como se pode notar, a súmula vinculante nada mais é que uma *súmula da jurisprudência predominante* no Supremo Tribunal Federal, formulando uma proposição, sobre matéria constitucional, que possui força obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário (juízes e tribunais) e da administração pública.

De fato, a instituição da súmula vinculante vem a atender, em boa medida, a onerosa atividade dos tribunais brasileiros de julgar reiterados e repetitivos recursos, apenas retardando a prestação jurisdicional.<sup>22</sup> Acresça-se, por oportuno, que o precedente obrigatório tem alcance limitado: somente pode ser editado em matéria constitucional que tenha sido objeto de reiteradas decisões, por deliberação de dois terços dos integrantes da Corte Excelsa (oito dos onze ministros). Mais ainda, os seus efeitos apenas serão produzidos depois de sua publicação na imprensa oficial. Outrossim, é pressuposto natural da edição de uma súmula vinculante a existência de controvérsia atual (conflito efetivo) a respeito da validade, interpretação ou eficácia de determinada norma constitucional. De qualquer sorte, há possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula, permitindo a oxigenação da jurisprudência, através de novos argumentos jurídicos. A revisão é uma modalidade de alteração do conteúdo da súmula, enquanto o cancelamento é a sua revogação total.

Não é despidendo registrar que o art. 8º da Emenda Constitucional aludida estabelece que as súmulas do Pretório Supremo até então existentes somente poderão produzir efeito vinculante após a sua confirmação por dois terços dos ministros daquele Tribunal e com regular publicação na imprensa oficial.

<sup>22</sup> Corroborando desse entendimento, SÉRGIO BERMUDEZ percebe ser “preciso que se entenda que, consoante a prevalecente teoria da vontade estatal, a função precípua do Poder Judiciário não é atender ao interesse das partes, mas eliminar os conflitos, pacificando o grupo social. Ao julgarem, os juízes, enquanto compõem os litígios, vão também desenvolvendo uma atividade pedagógica porque mostram o sentido das regras jurídicas, assim contribuindo para o cumprimento espontâneo das normas de direito. Só mediante a consagração do princípio do precedente obrigatório, embora ele não seja ideal, se diminuirá a carga formidável dos processos que emperram a máquina judiciária e sufocam os órgãos jurisdicionais, que acabam existindo apenas para tratar do urgente, relegando o necessário a um plano subalterno” (*A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, op. cit., p. 116-117).

Finalmente, lembre-se a possibilidade de existir divergência na jurisprudência, através do acolhimento de diferentes interpretações por parte dos julgadores. Se a divergência é interna em determinada corte, resolve-se através do incidente de uniformização de jurisprudência. Em se tratando de divergência de entendimento entre tribunais diversos (de mesma hierarquia), sobre a interpretação do direito federal, e em se tratando de idêntica matéria, o remédio cabível será o recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 105 da Constituição da República, a quem competirá pacificar o entendimento. Entretanto, se a divergência entre diferentes tribunais é na interpretação da norma constitucional, caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

### 3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

Em virtude de eventuais imperfeições no texto legal, ambiguidade ou imprecisão terminológica, é possível que o seu exato alcance e sentido não estejam claros. Surge, assim, a *interpretação das normas*. Interpretar, então, é descobrir o sentido da norma, determinar o seu conteúdo e delimitar o seu exato alcance.

Com a lição de SÍLVIO RODRIGUES, confere-se o nome de *interpretação* à “operação que tem por objeto precisar o conteúdo exato de uma norma jurídica”.<sup>23</sup>

A interpretação é processo intelectual, pautado em determinar os significados da própria norma jurídica, extraíndo o que ela contém. Em suma-síntese: interpretar a norma jurídica é explicar, aclarar, o sentido de uma lei.

Percebe-se, pois, que o problema da interpretação da norma diz respeito a outro mais genérico, que é o da aplicação do Direito. Com efeito, a questão da interpretação da lei apenas surge quando da efetiva aplicação da norma, uma vez que diz respeito à atividade realizada pelo julgador no momento da decisão.<sup>24</sup>

É bem verdade que todos os operadores do Direito podem – e devem – interpretar a norma (como o advogado, o membro do Ministério Público, o Defensor Público, o professor, o estudante...). Quem se abeirar da ciência jurídica interpretará a norma. Isso é certo e incontroverso. Apenas pondere-se que toda a atividade interpretativa tem como finalidade facilitar a efetiva solução dos conflitos de interesses nos casos concretos, formulando parâmetros para a efetiva aplicação da norma.

A necessidade e a importância da interpretação são incontroversas. Não há, efetivamente, aplicação da norma jurídica que não seja precedida de atividade interpretativa, hermenêutica. Até mesmo naquelas hipóteses em que o sentido e o alcance da norma são evidentes, saltando aos olhos a partir da leitura da letra fria da lei, haverá atividade interpretativa. Nesse caso, haveria interpretação literal, fundada no próprio texto de

<sup>23</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 23.

<sup>24</sup> Com esse pensar, SANTIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*, op. cit., p. 101.

lei. Daí a inaplicabilidade da antiga parêmia oriunda do Direito Medieval *in claris, interpretatio cessat* (na clareza da lei, não há interpretação).<sup>25</sup>

Aliás, *saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém sua força e poder*, nas palavras de CARLOS MAXIMILIANO.<sup>26</sup>

No ponto, convém lembrar a interessante metáfora proposta por RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES para realçar a importância dos critérios interpretativos: “Devemos entender a Constituição e, pois, a totalidade do sistema jurídico como uma obra aberta e coletiva, para que a ampliação do círculo de intérpretes passe a decorrer da necessidade de assimilar o mundo circundante a um modelo interpretativo plural e progressista[...] *Da mesma forma que a Bíblia deve ser interpretada pelo fiel, sem as amarras simbólicas da autoridade sacerdotal, também a Lei Maior deve ser conhecida e manejada pelo cidadão*, livre da influência oracular de pretensos donos ou aprendizes do poder”.<sup>27</sup>

Classificam-se os critérios interpretativos em dois diferentes grupos, tendo como referência as *fontes* ou os *meios*.

No que concerne às *fontes*, a interpretação poderá ser:

- i) *jurisprudencial* ou *judicial*, é aquela fixada pelos Tribunais (não é demais lembrar que não tem força coercitiva, apesar de sua indiscutível importância);
- ii) *doutrinária* ou *doutrinal*, realizada pelos cientistas do Direito, pelos estudiosos e comentaristas;
- iii) *autêntica* ou *literal*, que é a interpretação procedida pelo próprio legislador, através de outro ato normativo, como no exemplo da edição de uma lei interpretando outra norma já editada.

Quanto aos *meios*, a interpretação poderá ser:

- i) *gramatical* ou *literal*, realizada através das regras de linguística, analisando o texto normativo pelas regras gramaticais, buscando o seu sentido filológico. É o mais pobre dos métodos interpretativos, sendo, não raro, repellido até mesmo pela lei;<sup>28</sup>
- ii) *lógica*, na qual se desenvolve um raciocínio lógico, transcendendo a letra fria da lei, com o fito de fixar o alcance e extensão da lei a partir das motivações políticas, históricas e ideológicas;<sup>29</sup>
- iii) *histórica*, com a averiguação da origem do texto a ser interpretado, desde os projetos de lei e votações;

<sup>25</sup> A linha de argumentação também é compartilhada por MANOEL MESSIAS PEIXINHO, em excelente obra sobre a interpretação constitucional, bem percebendo não haver “norma suficientemente clara que prescindia da interpretação e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo” (*A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 16-17).

<sup>26</sup> Apud PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 16.

<sup>27</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de Introdução ao estudo do Direito*, op. cit., p. 200.

<sup>28</sup> Dispara, com propriedade, o art. 112 do Código Civil que, nas declarações de vontade, mais se atenderá à real intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

<sup>29</sup> É o que pensa também RIZZARDO. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 100.

- iv) *sociológica*, também dita *teleológica*, quando se procura adaptar a lei às exigências atuais e concretas da sociedade; e, finalmente,
- v) *sistemática*, que é a interpretação partindo da ideia de que a lei não existe isoladamente, devendo ser alcançado o seu sentido em consonância com as demais normas que inspiram aquele ramo do Direito.

São as diferentes *técnicas de interpretação* de que pode se valer aquele que busca o sentido e alcance da norma.

Ressalte-se que as referidas técnicas interpretativas não se excluem, devendo ser procedida a interpretação a partir da combinação de diferentes critérios.

Os mecanismos de interpretação devem realçar os princípios e valores constitucionais, corroborando a afirmação da cidadania. Não se pode tolerar, como bem percebe MANOEL MESSIAS PEIXINHO, um processo interpretativo voltado à preservação de um direito positivo fragmentado, “que prega a segurança jurídica, mas não tem como garantir a cidadania”.<sup>30</sup> A interpretação tradicional, fulcrada apenas nas normas jurídicas prescritas formalmente, há de ceder em prol da afirmação concreta dos valores e da intencionalidade constitucional – o que significa, em última análise, a afirmação da proteção privilegiada da dignidade da pessoa humana.

A *Lex Fundamentallis*, sem dúvida, marca um novo tempo na interpretação normativa, impondo uma concepção socializada do direito, através dos vetores da solidariedade social, da igualdade, da liberdade e da própria dignidade humana.

De qualquer forma, é preciso ter em mente que a Lei Introdutória, em seu art. 5º, determina que, em toda atividade interpretativa, sejam considerados *os fins sociais visados pela lei*, optando nitidamente pela afirmação de uma finalidade social do direito, revelando que o legislador considera primordiais valores sociais sobre os individuais. Preconiza, *in litteris*, o texto legal: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Aliás, não é demais lembrar que a Lei Civil de 2002 acolheu, expressamente, a *função social* como critério determinante dos conceitos (agora *funcionalizados*) dos contratos (art. 421) e da propriedade (art. 1.228, § 1º).

Há de se advertir, no entanto, não se tratar de novidade estrita no sistema jurídico brasileiro. É que, na verdade, o Texto Constitucional de 1988 já havia estabelecido, em seu art. 3º, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a *solidariedade social* (inciso I) e a *erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais* (inciso III), deixando clara a opção por um enfoque social da norma jurídica. Além do mais, os arts. 5º, XXIII, e 170, III, conjuntamente, proclamam também a função social da propriedade, dando novo conteúdo interno ao conceito daquele direito real.

Assim, conquanto louvável o acolhimento da *socialidade* como princípio vetor da nova Codificação, não se pode imaginar tratar-se de novidade somente agora implantada no

<sup>30</sup> PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 70.

sistema jurídico brasileiro. Já de há muito proclamava a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Previdenciário. Rurícola (boia-fria). Aposentadoria por velhice. Prova puramente testemunhal. Admissibilidade no caso concreto: contestação abstrata e falta de contradita das testemunhas. Interpretação de lei de acordo com o art. 5º da LICC, que tem foro suprallegal” (STJ, REsp. 41.110-6/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, RSTJ 58: 431).<sup>31</sup>

Não se olvide, demais disso, que o art. 113 da Lei Civil proclama a *boa-fé objetiva* como regra interpretativa de todos os negócios jurídicos (inclusive, por óbvio, dos contratos). Não é despidendo distinguir, ainda que *en passant*, brevemente, a *boa-fé objetiva* da *boa-fé subjetiva*. Invocando a precisa lição de CÉLIA BARBOSA ABREU SLAWINSKI, “mais do que duas concepções da *boa-fé*, existem duas *boas-fés*, ambas jurídicas, uma subjetiva, a outra objetiva. A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda, a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir”, concluindo que a *boa-fé subjetiva* deve ser compreendida como *estado*, enquanto a *boa-fé objetiva* há de ser encarada como *dever de conduta, de comportamento, de acordo com padrões sociais recomendáveis*.<sup>32</sup>

Em outras palavras, a *boa-fé objetiva* é a *boa-fé de comportamento*, enquanto a subjetiva é a *boa-fé de conhecimento*. Exemplificando: quando o Código Civil, no art. 1.219, protege o possuidor de *boa-fé*, chancelando o seu direito às benfeitorias realizadas, está cuidando daquele que não *conhece* vícios que maculam a posse. É a *boa-fé subjetiva*. Por outro lado, quando fala que a *boa-fé* é a nota interpretativa comum a todos os negócios jurídicos (art. 113), alude ao *comportamento ético* dos contratantes, referindo-se à *boa-fé objetiva*.

*In fine*, vale destacar que a interpretação pode desaguar em diferentes resultados, a depender do sentido e do alcance afirmados pelo intérprete. Assim, o resultado da atividade interpretativa poderá ser: (i) *ampliativo*, (ii) *restritivo* ou (iii) *declarativo*, a depender do elastecimento, ou não, do alcance do texto.

Não custa lembrar que existem limites para a atividade interpretativa, devendo *ser interpretadas restritivamente as normas que estabelecem privilégios ou sanções*, bem como as *normas restritivas de direito*. Nesse sentido, inclusive, já se afirmou corretamente que “as leis restritivas de direito e garantias não podem receber ampliação da parte dos intérpretes” (RT 152: 666).

Também em relação à fiança, é inadmitida interpretação ampliativa, como refere o art. 819 do Estatuto Civil: “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Também o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já reconheceu a necessidade de interpretar a lei à luz das finalidades sociais, afirmando a “prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais”, conforme “exegese do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil” (TJ/BA, Ac. 2ª Câmara, Agr. Instr. 24.529-8/2000 – Capital, Rel. Des. Luiz Fernando Ramos, v. u., j. 19.12.2000, *Ciência Jurídica* 102: 95).

<sup>32</sup> SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva*, op. cit., p. 13-14. Com idêntico raciocínio, JUDITH MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 428.

<sup>33</sup> O Código Comercial traz idêntica previsão, em seu art. 257: “A fiança só pode provar-se por escrito; abrange sempre todos os acessórios da obrigação principal, e não admite interpretação extensiva a mais do que precisamente se compreende na obrigação assinada pelo fiador”.



Em sede de Direito Administrativo, a interpretação normativa deve ser, ao máximo, *declarativa*, em face da necessidade de respeitar o princípio da legalidade (CF, art. 37).

Por sua vez, os direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais, contemplados no Texto Constitucional (arts. 5º e 7º), reclamam interpretação ampliativa, com o propósito de dar efetividade à proteção elementar da pessoa humana.<sup>34</sup>

## 4 INTEGRAÇÃO DAS NORMAS

Em razão do caráter dinâmico do direito e da velocidade acelerada em que sucedem os problemas cotidianos, é natural a existência de lacunas no direito positivo. Em palavras mais claras: os fatos sucedem em velocidade infinitamente superior ao fenômeno legislativo, que, por essência, é lento e gradual. Assim, convém constatar a impossibilidade de vislumbrar um sistema completo e autossuficiente de normas jurídicas.

Não significa, no entanto, que o ordenamento jurídico seja incompleto.

Em verdade, o ordenamento jurídico é pleno, completo, existindo mecanismos para o preenchimento das lacunas que podem existir nas normas jurídicas, garantindo a completude do ordenamento jurídico como um todo. Vale dizer: o sistema jurídico, como um todo, é completo, apesar da norma jurídica, por vezes, ser lacunosa.

Endossando essa ideia, o professor paraense ZENO VELOSO esclarece haver “plenitude no ordenamento jurídico. A ordem jurídica é completa, não tem vazios. O direito, como ordenamento global, não pode ter lacunas, não pode ter vácuos insuperáveis. Já a lei pode ser omissa. Por mais sabido e previdente que seja, o legislador não consegue regular todas as situações que surgirão no meio social. Mesmo diante da omissão da lei – que, em nosso sistema, é a mais alta e nobre forma de revelação do direito, salvo as normas constitucionais – o juiz, que é obrigado a dizer o direito (jurisdição), tem de preencher o vazio, colmatar a lacuna”.<sup>35</sup>

Equivale a dizer: o ordenamento jurídico é sempre completo, em face da possibilidade de preenchimento das lacunas toda vez que inexistir norma legal aplicável aos conflitos de interesses.

A partir disso, toda vez que o intérprete não localizar no sistema jurídico a norma jurídica (norma-regra ou norma-princípio) aplicável ao caso concreto, verifica-se uma lacuna (no direito positivo) que necessita de preenchimento, de colmatação. É que tem guarida entre nós a vedação ao *non liquet* (CPC, art. 126; CDC, art. 7º; CLT, art. 8º; e CTN, art. 107). Ou seja, provocado o Estado-Juiz (através do exercício do direito de

<sup>34</sup> “É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta (Magna) e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser tidos como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana”, como bem ponderam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 270.

<sup>35</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, op. cit., p. 55.

ação, alçado à altitude de garantia constitucional pela norma inserta no art. 5º, XXXV, da Constituição da República), não poderá o magistrado eximir-se de proferir decisão, alegando ausência de norma jurídica.

A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º, partindo da real possibilidade de omissão normativa, indica os meios pelos quais serão supridas as lacunas.

A integração das normas jurídicas, portanto, serve para colmatar, preencher, as lacunas do direito positivo, sem que isso implique no reconhecimento de um caráter obrigatório, não vinculando outras decisões em casos análogos.

Os métodos de integração estão contemplados no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelecendo uma ordem preferencial e taxativa. Assim, são mecanismos de integração: (i) a analogia; (ii) os costumes; (iii) os princípios gerais do direito.

A analogia é procedimento lógico de constatação, por comparação, das semelhanças entre diferentes casos concretos, chegando a juízo de valor.<sup>36</sup> É o processo de aplicação a uma hipótese não prevista em lei de disposição concernente a um caso semelhante.<sup>37</sup>

Há duas espécies de analogia: a legal (analogia *legis*) e a jurídica (analogia *juris*). Como leciona, com clareza solar, FRANCISCO AMARAL, naquela (a legal), “consiste em obter a norma adequada à disciplina do caso, a partir de outro dispositivo legal”, enquanto nesta (a jurídica) “infere-se a norma (a partir) de todo o sistema jurídico, utilizando-se a doutrina, a jurisprudência e os princípios que disciplinam a matéria semelhante ou até os princípios gerais de direito”.<sup>38</sup> Equivale a dizer que, na analogia *legis* parte-se de uma norma jurídica isolada para aplicá-la a casos idênticos, enquanto na analogia *juris*, a partir de uma pluralidade de normas e, com base nelas, chega-se a um princípio não previsto expressamente na norma. Em detida e acurada análise, é possível concluir que, tecnicamente, a analogia *juris* não chega a ser um método de colmatação de lacunas, pois não existiu um vazio no sistema jurídico. Se o juiz está julgando com base no próprio sistema, através das normas já existentes, não se poderia falar em lacuna. É o que entende, também, ZENO VELOSO: “Bem analisada a situação, a analogia *juris* não é verdadeira analogia. No fundo, o juiz estará resolvendo o problema da lacuna com apoio no ordenamento jurídico, como um todo”.<sup>39</sup>

Já afirmou o Superior Tribunal de Justiça:

“Pode a lide ser decidida aplicando-se a analogia, desde que haja lacuna na legislação. A analogia é semelhança e similitude, não implicando identidade, pois é semelhança que admite diferenças. Por isso que uma regra destinada a certos fatos aplica-se também a

<sup>36</sup> Já constava das Ordenações (Livro 3, Tit. 69, pr.): “Porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante”.

<sup>37</sup> Com uma ideia muito parecida, veja-se MARCO AURÉLIO S. VIANA, para quem “a analogia é um processo lógico, pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 67).

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 91.

<sup>39</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, op. cit., p. 69.



outros fatos não iguais, mas que apresentam pontos comuns e justificam a mesma solução” (STJ, Ação Rescisória 259-0/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, RSTJ 58: 17).

Não há de se confundir, entretanto, a analogia com a interpretação extensiva, uma vez que nesta se aplica a norma a situações compreendidas implicitamente em seu conteúdo, o que não ocorre na analogia. Um exemplo interessante: a norma do art. 422 do Código Civil, ao estabelecer a boa-fé objetiva como princípio geral do Direito Contratual, permite uma interpretação extensiva no sentido de reconhecer a existência de uma responsabilidade civil pré e pós-contratual, em virtude de seu espírito garantidor de normas de conduta implícitas.

Relembre-se, à saciedade, que existem diversos limites à integração analógica. Em sendo assim, em sede penal (onde somente é admitida a analogia *in bonam partem*) e tributária não é possível, através da analogia, criar ou aplicar sanções penais ou exigir tributos. Por igual, nas normas de ordem pública e nas normas sancionatórias não se admite o emprego da analogia. Outrossim, nas normas de Direito Administrativo a analogia resta afastada, uma vez que prevalece o princípio da legalidade.

*Costume*, por sua vez, é a conduta reiterada a partir da falsa impressão de existir norma jurídica a respeito da matéria. Trata-se do conjunto de preceitos, não positivados (não escritos), formados de maneira instintiva pelo grupo social e impondo, em certo nível, uma obediência geral. Enfim, é a prática repetitiva e uniforme de determinado comportamento em virtude de se imaginá-lo obrigatório. Dessa noção conceitual, é fácil retirar os dois elementos caracterizadores do costume: o objetivo (prática reiterada) e o subjetivo ou psicológico (a convicção de estar seguindo uma norma jurídica).<sup>40</sup>

Não se olvide que o costume é, também, fonte do Direito e que o sistema jurídico reconhece o costume *secundum legem* (utilizado por força de lei) e o costume *praeter legem* (cujo uso decorre da falta de lei), inadmitindo o costume *contra legem* (contrário à lei), em face da impossibilidade de alegação do erro de direito (Lei Introdutória, art. 3º).<sup>41</sup>

O costume *secundum legem* é aquele cuja utilização é imposta, expressamente, pelo próprio texto da lei; quando a norma jurídica remete a solução do conflito aos usos habituais de um lugar. É o exemplo do art. 445, § 2º, do Código Civil, que determina a utilização dos costumes locais para a fixação do prazo de garantia para que o comprador reclame os vícios redibitórios (defeitos), nos contratos de compra e venda de animais. Trata-se, sem dúvida, do costume *secundum legem*. Outra hipótese digna de lembrança é o art. 569, II, da Codificação, afirmando que, no contrato de locação, o locatário (inquilino) pagará, pontualmente, o valor do aluguel ajustado e que, na falta de acordo, será fixado o aluguel “segundo o costume do lugar”. Tecnicamente, é possível afirmar que o costume *secundum legem* não é mecanismo de integração da norma jurídica, uma vez

<sup>40</sup> Nesse sentido, também promovendo uma divisão bipartite dos elementos dos costumes: AMARAL. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 92; e LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 76.

<sup>41</sup> Já se decidiu, com acerto, que “o costume errôneo, aquele que coloca em risco a segurança de outrem, não é fator excludente da imprudência e, consequentemente, não impede o reconhecimento de culpa” (TACrim, SP, Rel. Juiz Almeida Braga, RJDTCRIM 8: 121).

que não há lacuna a ser preenchida, afinal o próprio legislador estabelece uma forma de solução de conflitos, evitando a ocorrência de um vazio legislativo.

Hipótese distinta diz respeito ao costume *praeter legem* (na falta de lei). Quando a lei for omissa e não for possível preencher a lacuna pela analogia, poderá o magistrado dirimir o conflito através dos usos e costumes de um determinado lugar. Tem-se, aqui, por essência, os costumes como forma de colmatação da norma. É o exemplo da admissibilidade da praxe notarial (dos Cartórios) de colocar a impressão digital do analfabeto na margem dos livros de procurações. É um caso típico de costume *praeter legem*, pois o seu uso não decorreu de expressa previsão legal. Também serve como exemplo o reconhecimento da validade de cheques pré-datados (que, tecnicamente, são pós-datados). A sua incorporação ao cotidiano é tamanha que a jurisprudência vem afirmando o cabimento de indenização por danos morais decorrente do seu depósito antecipado, com devolução por insuficiência de fundos.<sup>42</sup> O posicionamento é, sem dúvidas, justificável: ao depositar, antecipadamente, um cheque pós-datado o credor viola, frontalmente, a boa-fé objetiva, atentando contra a legítima expectativa despertada no devedor. Ademais, o credor, nesse caso, descumpre uma obrigação de não fazer, consistente em não depositar o título de crédito antes da data ajustada.<sup>43</sup>

Embora o seu uso seja vedado, o costume *contra legem*, não raro, está presente na vida social. Vale a lembrança de MARCOS EHRHARDT JÚNIOR a respeito da indevida “utilização desregrada e intensa de ondulações transversais, popularmente conhecidas como ‘lombadas’ ou ‘quebra-molas’, sem observância de padrões técnicos estabelecidos pelo CONTRAN e por vezes sem sinalização apropriada”, configurando obstáculo à livre circulação e à segurança de veículos, o que é proibido pelo art. 94 do Código de Trânsito Brasileiro. Por óbvio, sendo proibida a sua utilização, reclama pronta atuação do Poder Judiciário.<sup>44</sup>

Menção deve ser feita, outrossim, ao fato de que o art. 337 do Código de Processo Civil<sup>45</sup> impõe a quem alega o ônus de provar, em juízo, o costume invocado.

Apesar de tudo isso, MÔNICA AGUIAR tem advertido para o fato de que, entre nós, os costumes “não têm sido privilegiado”, “senão na prática comercial”.<sup>46</sup> De fato, o Direito Empresarial é palco iluminado para a aplicação dos costumes, em razão de seu caráter célere e ágil.

Já os *princípios gerais de direito* são as formulações gerais do ordenamento jurídico, alinhavando pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, que “como diretrizes

<sup>42</sup> “A devolução de cheque pré-datado, por insuficiência de fundos, apresentado antes da data ajustada entre as partes, constitui fato capaz de gerar prejuízos de ordem moral” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 213.940/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.2000, DJU 21.8.2000, p. 124).

<sup>43</sup> O tema ganhou ainda mais fôlego depois que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 388, reconhecendo que “a simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”.

<sup>44</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 47.

<sup>45</sup> CPC, art. 337: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

<sup>46</sup> AGUIAR, Mônica. “Balizas para a criação judicial do direito em face da Lei de Introdução ao Código Civil”, op. cit., p. 109.

gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição”, nas palavras de FRANCISCO AMARAL.<sup>47</sup> Apesar de seu caráter abstrato, indeterminado, é de se notar que os princípios realizam importante função positiva, influenciando na formulação de determinadas decisões, além de indubitosa função negativa, impedindo decisões contrárias a seus postulados fundamentais. Dos velhos princípios gerais do Direito Romano (*suum cuique tribuere, honeste vivere e neminem laedere*, isto é, dar a cada um o que é seu, viver honestamente e não lesar a ninguém) extrai-se um substrato mínimo do que o ordenamento reputa fundamental em termos axiológicos, independentemente de expressa previsão legal. São os chamados *princípios informativos*, que inspiram todo o sistema jurídico sem prender-se ao texto positivo. Demonstrando a existência dessas premissas básicas, fundamentais, do sistema jurídico, independente de previsão positiva, colaciona-se aresto da corte de Justiça do Paraná: “Se é verdade, como bem reconhece a autora-apelante, que o enriquecimento injustificado ou sem causa não constitui fonte específica de obrigações, ao contrário do que acontece em sistemas jurídicos dos países mais adiantados, também é verdade que o juiz não pode eximir de uma decisão a tal pretexto, cumprindo-lhe valer-se do chamado ‘processo analógico’, de tal sorte que extraia o pensamento dominante em um conjunto de normas, ou em um instituto, ou em um acervo de diplomas legislativos, sob a inspiração do mesmo pressuposto” (TJ/PR, Ap. Cível 1.561 – Curitiba, Ac. 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Renato Pedroso).

Muita atenção deve se ter para não confundir os *princípios gerais de direito* com os *princípios fundamentais* do sistema jurídico. Estes (os *princípios fundamentais*) são as normas jurídicas com conteúdo valorativo (axiológico), aberto, a ser preenchido no caso concreto, possuindo nítida força vinculante, normativa. Ou seja, os princípios fundamentais são *normas jurídicas* e obrigam, vinculam. É o exemplo do princípio da presunção de inocência no Direito Penal, do princípio da ampla defesa e do contraditório no Direito Processual ou da proteção do hipossuficiente no Direito do Trabalho. São, em palavras diretas, os valores adotados por um sistema jurídico, tendo força normativa e influenciando o sistema jurídico como um todo.<sup>48</sup> Aqueles (os *princípios gerais de direito*) são meros mecanismos de preenchimento de lacunas, sem qualquer conteúdo valorativo e com características universais. Assim, os princípios gerais são os mesmos em qualquer sistema jurídico, inspirando métodos para colmatar vazios normativos. Nessa ordem de ideias, *somente serão utilizados os princípios informativos quando houver um vazio normativo, isto é, quando não existir para um determinado caso concreto uma norma jurídica, seja uma norma-regra, seja uma norma-princípio*. Trocando em miúdos, somente serão utilizados os princípios gerais quando ausente um princípio fundamental.

Confirmando a distinção, THIAGO BOMFIM alerta para o fato de que, considerada a clara evolução do conceito de princípio, não mais é possível confundir os princípios gerais

<sup>47</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 93.

<sup>48</sup> LUÍS ROBERTO BARROSO, no mesmo diapasão, pontua que os princípios “são a síntese dos valores principais da ordem jurídica”, destacando-se “o da legalidade, isonomia, acesso ao Judiciário, irretroatividade das leis, juiz natural e do devido processo legal. No capítulo da ordem econômica, sobrelevam os princípios da garantia da propriedade privada, da sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do meio ambiente” (*Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., p. 285).

do direito com os princípios fundamentais constitucionais, “já que a antiga finalidade meramente integrativa, preconizada pela Lei de Introdução, não representa mais o único papel desempenhado pelos princípios”, tendo ocorrido uma mutação no papel por eles desempenhado, conferindo-lhes, também, caráter fundante da ordem jurídica.<sup>49</sup>

Alguns juristas, inclusive, como LUCAS ABREU BARROSO, chegam a advogar a *revogação do art. 4º da Lei Introdutória*, ao argumento de que os princípios gerais de direito, na ótica do constitucionalismo contemporâneo, são os próprios princípios gerais contidos na Carta Constitucional, que, a toda evidência, possuem força normativa.<sup>50</sup>

Além dos métodos de integração previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, admite o sistema jurídico brasileiro a utilização da *equidade* como mecanismo de integração do sistema jurídico em determinados casos, previamente indicados pela própria norma jurídica. Isto é, em determinadas situações, devidamente estabelecidas no próprio sistema, autoriza-se o magistrado a julgar pela *equidade*. Trata-se do julgamento com base na *equidade*, que, repita-se à saciedade, só poderá ser utilizada se e quando a lei permitir.<sup>51</sup>

Em linhas gerais, a equidade é a aplicação do Direito como *justo, benévolo*, a partir do sentimento de justiça.<sup>52</sup> Buscando delimitá-la conceitualmente como fonte integrativa do Direito, LEONI LOPES DE OLIVEIRA afirma que, ao integrar a lacuna da lei pela equidade, “pretende-se que na aplicação da lei o juiz a aplique de maneira que mais se ajuste ao sentimento de justiça do caso sob exame”.<sup>53</sup> Já MARIA HELENA DINIZ, com inspiração em RASELLI, vislumbra a equidade como “o poder conferido ao magistrado para revelar o direito latente”.<sup>54</sup>

Enfim, o julgamento fundado na equidade concerne aos valores mais elevados, atentos às fraquezas e necessidades imperativas humanas. É o bom, o virtuoso, bem visto pela linguagem de ARISTÓTELES, em seu *Ética a Nicômaco*. A equidade, pois, transcende o direito escrito para ir ao encontro de um ideal de justiça distributiva. Em face do alto grau de subjetivismo, somente é possível o uso da equidade nos casos expressamente previstos na própria norma jurídica.

Há interessante precedente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido do que se expôs, merecendo referência: “A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida,

<sup>49</sup> BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, op. cit., p. 66.

<sup>50</sup> Apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 53.

<sup>51</sup> É o que preconiza, por exemplo, o art. 127 do Código de Processo Civil ao dispor que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

<sup>52</sup> A Constituição norte-americana admite o uso da equidade (seção 1, artigo III), equiparada à lei como fonte do direito, fundamentando, assim, a teoria dos precedentes da Suprema Corte (cláusula do *stare decisis* – em vernáculo “ater-se ao decidido”) que, no sistema jurídico ianque, produz força vinculatória, tornando-se verdadeira diretriz para as decisões subsequentes.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 229.

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, op. cit., p. 138.

entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução. Cláusula penal. Não se exigirá seja demonstrado que o valor dos prejuízos guarda correspondência com o da multa, o que implicaria sua inutilidade. É dado ao juiz reduzi-la, entretanto, ainda não se tenha iniciado a execução do contrato, quando se evidencie enorme desproporção entre um e outro, em manifesta afronta às exigências da justiça” (STJ, REsp. 48.176-7/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 83: 168).

São exemplos, previstos em lei, de admissibilidade de utilização da equidade o art. 15 da Lei nº 5.478/68 – Lei de Alimentos (que estabelece regras para a fixação do *quantum* da pensão alimentícia através do critério equitativo) e o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil (que, por seu turno, autoriza o juiz a utilizar a equidade na fixação da verba honorária devida pelo vencido na ação, quando a causa não tinha repercussão econômica, como no exemplo de uma ação de guarda de filhos). Já no âmbito do Código Civil, há interessante exemplo de uso da equidade no art. 413, permitindo ao juiz reduzir, equitativamente, o valor da cláusula penal (multa) quando a obrigação foi cumprida em parte ou quando tiver sido fixada em percentual excessivo. Também o Código de Defesa do Consumidor autoriza o uso da equidade, respectivamente, em seus arts. 7º e 51, inciso IV, prescrevendo, respectivamente, que “os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, de legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (art. 7º), e que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51).<sup>55</sup> Assim, nas causas consumeristas poderá o magistrado utilizar a equidade para decidir o conflito, procurando ser justo e razoável na proteção do consumidor e traduzindo em linguagem clara e acessível os seus direitos.<sup>56</sup> Identicamente, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT autoriza o

<sup>55</sup> Colhe-se na jurisprudência exemplo concreto de aplicação da equidade em matéria consumerista: “Contrato – Cláusula – Nulidade – Abusividade – Ocorrência – Imposição de novo prazo de carência por atraso no pagamento – Inteligência do art. 51, IV, da Lei nº 8.078/90 – Consumidor colocado em condição desvantajosa – Equilíbrio rompido – Mora, ademais, já sanada pela correção monetária – Normalidade contratual restituída – Nulidade decretada – Recurso provido. Constituindo a purga da mora medida fundada na equidade, que recompõe o contrato, é incompatível a estipulação que não restitui o contrato à normalidade, mas o conduz à situação de desequilíbrio entre os contratantes” (TJ/SP, Ap. Cível nº 235.957 – Capital, Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 2.8.1994).

<sup>56</sup> Em eloquente exemplo de aplicação da equidade na esfera da proteção do consumidor, não é despidendo transcrever trecho da sentença prolatada pelo Juiz GERIVALDO ALVES NEIVA, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, bem aplicando o ideal de justiça equitativa: “Vou direto ao assunto. O marceneiro José de Gregório Pinto, certamente pensando em facilitar o contato com a clientela, rendeu-se à propaganda da Loja Insinuante e comprou um telefone celular[...] Leigo no assunto, é certo que não fez opção por fabricante. Escolheu pelo mais barato ou, quem sabe até, pelo mais bonitinho: o tal Siemens A52. Uma beleza! Com certeza foi difícil domar os dedos grossos e calejados de marceneiro com a sensibilidade e recursos do seu Siemens, mas o certo é que utilizou o aparelhinho[...] e, provavelmente, contratou muitos serviços. Uma maravilha! Para sua surpresa, diferente das boas ferramentas que utiliza em seu ofício, o aparelho deixou de funcionar. Que



uso da equidade em sede trabalhista, o que também consta na Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem, notadamente em seu art. 11, II, prevendo que o árbitro eleito pelos insti-tuidores da arbitragem poderá julgar por equidade se assim foi convencionado por eles. A Constituição da República de 1988, por seu turno, admitiu o uso da equidade, no que concerne à forma de participação no custeio, ao cuidar da organização da seguridade social, estabelecendo-a como princípio do sistema de seguridade (art. 194, parágrafo único, V).

Não se olvide, demais de tudo isso, que a atividade integratória, através da colma-tação das lacunas, tem de estar sintonizada, imperativamente (tal como a atividade in-terpretativa), com os princípios e valores constitucionais, especialmente os princípios fundamentais. Os valores constitucionais dirigem a integração normativa, indicando “onde o direito se localiza e donde o direito procede. *Transformam-se no alfa e no ômega*

---

tristeza: seu novo instrumento de trabalho só durou dois meses. E olha que foi adquirido legalmente nas Lojas Insinuante e fabricado pela poderosa Siemens[...] Não é coisa de segunda mão, não! Consertado, dias depois, não prestou mais[...] Não se faz mais conserto como antigamente. Primeiro tentou fazer um acordo, mas não quiseram os contrários, pedindo que o caso fosse ao Juiz. Caixinha de papelão na mão, indicando que se tratava de um celular, entrou seu Gregório na sala de audiência e apresentou o aparelho: novinho, novinho, mas não funciona. De fato, o juiz observou o aparelho e viu que não tinha um arranhão. Seu José Gregório, marceneiro que é, fabrica e conserta de tudo que é móvel. A Starcell, assistência técnica especia-lizada, para surpresa sua, respondeu que o caso não era com ela e que se tratava de ‘placa oxidada na região do teclado, próximo ao conector de carga e microprocessador’. Seu Gregório: o que é isso? Quem garante? O próprio que diz o defeito, diz que não tem conserto[...] Para aumentar sua angústia, a Siemens disse que o caso não tinha solução neste Juizado por motivo da ‘incompetência material absoluta do Juizado Especial Cí-vel: necessidade de prova técnica’. Seu Gregório: o que é isto? Ou o telefone funciona ou não funciona! Basta apertar o botão de ligar. Não acendeu, não funciona. Para que prova técnica melhor? Disse mais a Siemens: ‘o vício causado por oxidação decorre do mau uso do produto’. Seu Gregório: ‘ora, o telefone é novinho, foi usado apenas para falar. Para outros usos, tenho outras ferramentas. Como pode um telefone apresentar defeito sem solução depois de dois meses de uso? Certamente foi usado material de primeira. Um artesão sabe disso. O que também não pode entender um marceneiro é como pode a Siemens contratar um escritório de advocacia de São Paulo, por pouco dinheiro não foi, para dizer ao Juiz do Juizado de Coité, no interior da Bahia, que não vai pagar um telefone que custou R\$ 174,00? É, quem pode, pode! O advogado gastou dez folhas de papel de boa qualidade para que o juiz dissesse que o caso não era do Juizado ou que a culpa não era de seu cliente! Botando tudo na conta, com certeza, gastou muito mais que R\$ 174,00 para dizer que não pagava R\$ 174,00! Que absurdo! A Loja Insinuante, uma das maiores e mais famosas da Bahia, também apresentou escrito de advogado, gastando sete folhas de papel, dizendo que o caso não era com ela por moti-vo de *legitimatío ad causam*, também por motivo do vício redibitório e da ultrapassagem do lapso temporal de 30 dias e que o pobre Seu Gregório não fez prova[...] E agora, seu Gregório? Doutor Juiz, disse Seu Gregório, a minha prova é o telefone que passo às suas mãos. Comprei, paguei, usei poucos dias, está novinho e não funciona mais! Doutor, não quero saber de telefone celular, quero apenas o meu dinheiro de volta! [...] Não é o caso de prova técnica: o telefone foi apresentado ainda na caixa, sem um pequeno arranhão e não funciona. Isso é bastante! Também não pode dizer que Seu Gregório não tomou a providência correta, pois procurou a loja e encaminhou o telefone à assistência técnica. Alegou e provou! Além de tudo, não fizeram prova de que o telefone funciona ou de que Seu Gregório tivesse usado o telefone como ferramenta de marcenaria. Se é feito para falar, tem que falar. Pois é, Seu Gregório, o senhor tem razão e a Justiça vai mandar, como de fato está mandando, a Loja Insinuante lhe devolver o dinheiro, com juros legais e correção monetária, pois não cumpriu com sua obrigação de bom vendedor. Também, Seu Gregório, para que o Senhor não se desanime com as facilidades dos tempos modernos, continue falando com seus clientes e porque sofreu tantos dissa-bores com seu celular, a Justiça vai mandar, como de fato está mandando, que a fábrica Siemens lhe entregue, no prazo de 10 dias, outro aparelho igualzinho ao seu. Novo e funcionando! Se não cumprirem a ordem do juiz, vão pagar uma multa de cem reais por dia! [...] No mais, é uma sentença para ser lida e entendida por um marceneiro. Conceição do Coité (BA), 21 de setembro de 2005. Gerivaldo Alves Neiva, Juiz de Direito”.

do ordenamento jurídico”, por constituírem o valor supremo de nosso sistema jurídico. Verdadeiro, “*humus fecundo* de que se alimenta todo o projeto constitucional”.<sup>57</sup>

Por derradeiro, é de se advertir que, assim como não poderá alegar a lacuna na norma legal para se eximir do dever de julgar, o magistrado também não pode se escusar de proferir decisão com base no desconhecimento da norma legal. Ou seja, o juiz não pode argumentar que não conhece a lei, havendo uma presunção de que toda norma jurídica é conhecida pelo julgador. Apenas em poucos casos, previstos no art. 337 do Código de Processo Civil, poderá o juiz determinar à parte interessada que faça prova da existência e da vigência da norma legal, quando se tratar do direito estrangeiro (quando admitida a sua aplicação em território nacional), estadual ou municipal (desde que não seja do âmbito de sua própria jurisdição) e consuetudinário (quando permitida a alegação de usos e costumes). Chame-se a atenção, porém, que em se tratando de direito estrangeiro de países do Mercosul, o juiz não poderá determinar à parte que faça a prova de sua existência, pois é presumido o seu conhecimento, de acordo com o Protocolo de Las Leñas.

## 5 VIGÊNCIA DAS NORMAS

No que diz respeito à sua formação, se submete a norma legal a diferentes períodos, pelos quais deve passar, obrigatoriamente, para, somente então, produzir efeitos. São eles: a elaboração, a promulgação e a publicação.

Com isso, é possível afirmar que, apesar de, sob o ponto de vista formal, nascer com a promulgação, somente começa a vigorar a lei depois de publicada pelo Diário Oficial (Imprensa Oficial). Sobre o tema, sublinha DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR que “a promulgação é a declaração oficial de que a lei existe, é autêntica e está pronta para ser executada”, enquanto a publicação “constitui o meio em face do qual se transmite a lei promulgada aos seus destinatários. É ato de comunicação oficial. É condição para a lei entrar em vigor e tornar-se eficaz”.<sup>58</sup>

A outro giro, *vigência* significa a qualidade daquilo que é vigente, dizendo respeito ao lapso temporal no qual a norma legal tem vigor, vinculatividade. Em palavras simples: a vigência da norma corresponde à força obrigatória, vinculante, a ela conferida.

Explica JOSÉ JAIRO GOMES que “*vigente é a norma existente que se encontra apta a produzir efeitos para os quais foi concebida, sendo, portanto, vinculante e obrigatória. Tal não significa que a norma gere efeitos na vida real, bastando que seja apta a produzi-los. Na verdade, a produção de efeitos depende de várias ocorrências práticas, entre as quais se encontrarem as pessoas na situação prevista*”.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> A feliz expressão é de MANOEL MESSIAS PEIXINHO. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*, op. cit., p. 136.

<sup>58</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 913.

<sup>59</sup> GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, op. cit., p. 43.

Releva chamar a atenção para não se confundir a *vigência* da norma jurídica com a sua *validade*. A validade formal da norma jurídica concerne à elaboração pelo órgão competente e com respeito aos procedimentos legais, como, *exempli gracia*, o quórum de aprovação. Já a sua validade material, também chamada de validade constitucional, está correlacionada com a necessidade de conformação (adequação) de cada norma com o ordenamento jurídico, em especial com o Texto Constitucional. Enfim, é a qualidade (a adjetivação) reconhecida a uma norma que foi elaborada em harmonia com o sistema jurídico, não violando preceitos elementares estabelecidos para a sua elaboração. Percebe-se, com facilidade, que uma determinada norma jurídica pode ser *válida*, mesmo ainda não possuindo *vigência*, isto é, pode ter sido elaborada adequadamente e em harmonia com a *Lex Legum*, mas ainda não vincular o comportamento geral e abstrato das pessoas.

Trilhando essas pegadas, o art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que a lei começa a vigor, em todo o território nacional, 45 dias depois de oficialmente publicada, salvo expressa disposição em contrário, indicando o momento de sua obrigatoriedade. Essa obrigatoriedade é imposta de modo *simultâneo* em todo o território nacional, não mais havendo distinção, como outrora, entre as diferentes regiões brasileiras para a vigência da norma legal. É o que se convencionou denominar *sistema da obrigatoriedade simultânea*.

Nos estados estrangeiros, quando admitida a aplicação da lei brasileira (como no exemplo de um ato ou negócio jurídico praticado fora do território brasileiro por particulares e por servidores das representações diplomáticas), esse prazo será de três meses.

Vale ressaltar que os atos normativos administrativos (decretos, resoluções, portarias, instruções normativas, regimentos, regulamentos etc.) entram em vigor na data de sua publicação no órgão oficial de imprensa, conforme determina o art. 5º do Decreto nº 572, de 12 de julho de 1890, não se lhes aplicando a regra geral da Lei Introdutória.

O termo inicial da vigência da lei, por conseguinte, deverá vir expresso no próprio texto legal e pode ser a data da publicação ou outra data posterior, assegurando que todos possam dela ter conhecimento. No silêncio da lei, será de 45 dias. Note-se que o referido prazo *tem caráter residual, somente sendo aplicável na ausência de data específica para a vigência e quando a lei não entrar em vigor na data de sua publicação* (nos casos de normas de pequena repercussão). Na hipótese de esse termo inicial recair em data posterior à publicação, o prazo compreendido entre a data da publicação e o início da vigência da norma jurídica será destinado à facilitação da sua divulgação e a adoção de providências tendentes ao seu cumprimento efetivo e a sua respectiva aplicação. É o chamado prazo de *vacatio legis*.<sup>60</sup>

Com isso, a norma legal não ganha obrigatoriedade no dia de sua publicação, salvo quando houver uma expressa disposição nesse sentido. E mais: quanto maior a

<sup>60</sup> Invocando a lição precisa dos professores mineiros TEREZA CRISTINA MONTEIRA MAFRA, MÔNICA SILVEIRA VIEIRA, MÔNICA ARAGÃO M. FERREIRA E COSTA e MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES, o período de *vacatio legis* “se justifica basicamente por duas razões: proporcionar o mais amplo conhecimento da lei e dar oportunidade às autoridades incumbidas de fazê-la cumprir, e aos destinatários por ela atingidos, de se adaptarem e se prepararem para a sua aplicação”. Cf. *A LICC e o Código Civil de 2002*, op. cit., p. 57.



repercussão da lei, maior deverá ser o período de *vacatio legis*. Até porque a cláusula *entra em vigor na data de sua publicação é restrita às normas legais de pequena repercussão*. Logo, uma lei de grande repercussão social precisa de um período mais longo. Daí a razão pela qual a Lei nº 10.406/02 – o nosso Código Civil – teve uma *vacatio legis* de um ano.

Pois bem, o prazo de *vacatio legis* está regido, atualmente, pela Lei Complementar nº 95/98, cujo art. 8º (com a redação emprestada pela Lei Complementar nº 107/01) veio a estabelecer:

Art. 8º, Lei Complementar nº 95/98:

“A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão.”<sup>61</sup>

§ 1º a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

§ 2º as leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’.”<sup>62</sup>

Durante a *vacatio legis* a norma ainda não tem obrigatoriedade, embora já exista. Assim, toda e qualquer modificação de uma norma legal em período de *vacatio legis* (já existente, portanto) tem de se operar através de lei nova. Todavia, em se tratando de mera correção de erros materiais ou de falhas ortográficas, bastará uma republicação da lei, sem necessidade de elaboração de um novo diploma legal. Nesse caso de nova publicação de lei para emendar erros ou falhas, somente a parte retificada submeter-se-á a um novo período de *vacatio legis* (para garantir amplo conhecimento do público), voltando, pois, a fluir o prazo da obrigatoriedade para a parte modificada apenas, salvo se outra data vier expressa (LINDB, art. 1º, § 3º). Se, por outro lado, a lei já estiver vigorando, as eventuais correções do texto serão consideradas lei nova.

O prazo de *vacatio legis* deve ser computado de acordo com o que determina o § 1º do art. 8º da Lei Complementar nº 95/98. Assim, a contagem do prazo para a entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á incluindo a data da publicação e o último dia do prazo, vindo a lei entrar em vigor no dia subsequente à

<sup>61</sup> Seguindo a mesma trilha, o Decreto nº 4.176/02, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração de projetos de atos normativos no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe, em seu art. 19, que “o texto do projeto indicará de forma expressa a vigência do ato normativo. § 1º A cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ somente será utilizada nos projetos de ato normativo de menor repercussão. § 2º Nos projetos de ato normativo de maior repercussão, será I – estabelecido período de vacância razoável para que deles se tenha amplo conhecimento; e II – utilizada a cláusula ‘esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial’”.

<sup>62</sup> A esse respeito é curioso notar que a Lei nº 10.406/02, que instituiu o Código Civil vigente, não atendeu ao que determinou a citada Lei Complementar, como se infere da simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 2.044, dispondo que “este Código entrará em vigor um ano após a sua publicação”.

consumação prazal. Afasta-se, pois, da regra geral do Direito Civil, expressa no art. 132 do Código Civil.<sup>63</sup>

Acresça-se não importar que o prazo termine em sábados, domingos e feriados, na medida em que, mesmo em tais dias, a norma legal continua a ser obrigatória.<sup>64</sup>

Excetuados os casos especiais, com expressa previsão normativa, a lei tem caráter permanente, vigendo até que outra venha a lhe revogar, expressa ou tacitamente. É o *princípio da continuidade* (LINDB, art. 2º), pelo qual, criada para disciplinar indefinida e continuamente as relações jurídicas que nela se enquadrem, a lei somente terá o seu término com a revogação, salvo as hipóteses de leis elaboradas com termo estabelecido previamente (no próprio texto legal) ou para atender circunstâncias específicas, quando cessada a causa que deu ensejo à sua criação.

Afirma-se, assim, que a norma pode ter eficácia temporária apenas em caráter excepcional (quando vigorar, tão somente, pelo tempo determinado previamente), uma vez que a regra é a continuidade da lei. Essa vigência indeterminada da lei cessa com a sua *revogação*, que configura o gênero do qual se apresentam como espécies a *ab-rogação* (supressão total da norma legal anterior por lei nova) ou *derrogação* (quando a nova lei torna sem efeito apenas parte do texto legal anterior).

A *revogação* nada mais é senão a cessação da vigência de uma norma legal, através do advento de uma nova lei.

Há de se ter cuidado para não confundir *revogação da norma* com a *declaração de inconstitucionalidade*. Nesta (declaração de inconstitucionalidade), a norma está em rota de colisão (incompatibilidade) com o sistema constitucional, desobedecendo norma-regra ou norma-princípio de matriz constitucional. Naquela (revogação), a norma legal, regularmente editada, compatível com o sistema constitucional e em vigor, é afastada pela superveniência, expressa ou tácita, de outra.

É fácil notar que a *revogação* pode ser *expressa* (também dita *direta*) ou *tácita* (chamada, ainda, de *indireta*). Aquela ocorre quando a lei nova declara que a lei anterior, ou parte dela, estará revogada. De outra banda, esta se dará quando, não havendo disposição expressa nesse sentido no texto da lei, apresentar-se o *novel* diploma legal incompatível, no todo ou em parte, com disposição legal que antes cuidava da matéria. Fulcra-se, pois, a revogação tácita na *incompatibilidade* entre uma e outra lei.<sup>65</sup>

Nesse passo, afirma o § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

<sup>63</sup> Reza o art. 132 do Código Civil: “Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento. § 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil. § 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia. § 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. § 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto e minuto”.

<sup>64</sup> Identicamente: GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*, op. cit., p. 45.

<sup>65</sup> Dentre outros, veja-se, sobre o tema, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 128.

A Lei Complementar nº 95/98, no entanto, em seu art. 9º (com a redação conferida pela Lei Complementar nº 107/01), prescreve que a cláusula de revogação deverá, em regra, enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas, vedando as conhecidas cláusulas gerais revocatórias (“revogam-se todas as disposições em contrário”). É dizer: opta o sistema jurídico brasileiro, como regra geral, pela revogação expressa, por entender que facilita a aplicação do Direito, além de disciplinar melhor o ordenamento jurídico. Não significa, porém, que a revogação não poderá ser tácita. Se, por ventura, uma determinada lei nova, sem qualquer menção expressa, tratar, inteira ou parcialmente, de matéria contida em lei já existente, ocorrerá revogação tácita, afastando-se a norma jurídica anterior. Veja-se, ilustrativamente, o art. 2.045 do Código Civil, indicando expressamente as normas legais revogadas. De qualquer maneira, assegure-se estar mantida a possibilidade de revogação tácita, decorrente da incompatibilidade do novo texto legal com a lei anterior ou parte dela.

A partir dessas ideias gerais, será possível afirmar, também, que se lei nova estabelece disposições a par das já existentes em outras leis, não revoga, nem modifica, o texto legal anterior, como reconhece o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A redação é precisa sob o prisma linguístico. Se uma lei nova estabelece disposições, gerais ou especiais, *ao lado* daquelas já existentes, não poderá revogá-las, nem modificá-las. É natural. Só haverá revogação de lei quando uma nova norma legal expressamente dispuser (revogação expressa) ou quando regular inteiramente a matéria ou for com ela incompatível (revogação tácita).

Ainda sobre o tema, vale destacar que a lei revogadora deve ter hierarquia normativa superior (ou idêntica) em relação à norma revogada, não se tolerando, por exemplo, que uma lei ordinária possa revogar a norma constitucional.

Correlacionando-se com a revogação da norma, encontra-se o instituto da *ultratividade*. Em linguagem simples, a *ultratividade* ou *pós-atividade* é a possibilidade de produção de efeitos por uma lei já revogada. Com base na ultratividade, vislumbra-se a aplicabilidade do Código Civil de 1916 (embora já revogado) a determinadas situações jurídicas consolidadas durante a sua vigência. É o exemplo da sucessão aberta na vigência do Código Civil de 1916, mesmo que a ação de inventário tenha sido proposta já após o advento do Código Civil de 2002 (art. 2.041). É também a hipótese da incidência do art. 2.038 da Lei Civil vigente que, apesar de proibir a criação de novas enfiteuses (direito real na coisa alheia), reputou válidas as já existentes, submetendo-as à normatividade do Código Civil de 1916. Sublinhe-se, por oportuno, que a ocorrência do fenômeno da ultratividade não depende de expressa disposição contida na lei nova, decorrendo da garantia de não retroatividade das normas, consagrada pelo inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior.

Não é demais lembrar a inexistência, no direito brasileiro, da perda da eficácia legal pelos costumes, diferentemente do Direito Romano.<sup>66</sup> Somente outra lei é que tem

<sup>66</sup> No Direito Romano, a lei permanecia em vigor enquanto não fosse revogada por outra lei ou pelo desuso. Nesse sentido, a observação de Juliano (D. 1.3.32.1) no sentido de que “as leis se ab-rogam não só mediante o sufrágio do legislador, mas também pelo consentimento tácito de todos, por desuso”.

o condão de tirar a eficácia da norma legal. É o princípio da *supremacia da lei sobre os costumes*,<sup>67</sup> contemplado no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, repetindo uma regra encontrada, por igual, no Código Civil da Itália (art. 15 das disposições sobre a lei em geral), da Espanha (art. 1º, nº 3) e de Portugal (art. 7º, nº 1, e art. 3º), dentre outros. Significa a inadmissibilidade do *desuetudo* (uma espécie de costume negativo ou desuso) como forma revocatória das normas jurídicas. Um exemplo interessante de inexistência do desuetudo pode ser lembrado com o fato de que a tolerância que se tem, em determinados lugares do nosso país, com as casas de prostituição, não afasta a ocorrência de um crime, previsto no art. 229 do Código Penal. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que “a eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico, como causa de atipia. A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v. g., desvirtuada atuação policial” (STJ, Ac. 6ª T., REsp. 146.360/PR, Rel. Min. Félix Fischer, DJU 8.11.1999).

Ainda no que concerne à revogação das normas jurídicas, sobreleva fazer referência a princípios gerais, esclarecendo regras fundamentais aplicáveis à matéria. Assim, é possível formular as seguintes orientações: (i) *lex posteriore derogat lex anteriore* (a lei nova revoga a lei antiga que trate da mesma matéria); (ii) *lex specialis derogat lex generale* (a lei que trate especificamente sobre uma matéria revoga a lei que cuide genericamente do assunto).<sup>68</sup> Não é demais lembrar que a lei superior prevalece sobre a lei inferior. Nesse particular, observe-se que a norma constitucional deve prevalecer sempre sobre os demais diplomas legais. Aliás, advirta-se, inclusive, não haver hierarquia entre leis complementares e ordinárias, distinguindo-se, meramente, em razão da matéria versada e do *quorum* de aprovação.

No que respeita à edição de uma nova Constituição, impõe realçar que uma nova Carta Magna ab-roga a anterior, independentemente de expressa previsão, uma vez que é impossível a coexistência de dois Textos Fundamentais simultaneamente.<sup>69</sup>

Merece registro, outrossim, a regra contida no § 3º do art. 2º da Lei Introdutória, que afirma: “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Tem-se, aqui, o fenômeno conhecido como *repristinação das leis*, através do qual haveria revalidação da lei revogada pela perda de vigor da lei

<sup>67</sup> Também a jurisprudência abraça esse princípio, expressamente, como se nota do seguinte aresto: “O sistema jurídico brasileiro não admite possa uma lei perecer pelo desuso, porquanto, assentado no princípio da supremacia da lei escrita, sua obrigatoriedade só termina com sua revogação por outra lei. Noutros termos, significa que não pode ter existência jurídica o costume *contra legem*” (STJ, Ac. 6ª T., REsp. 30.705-7/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 14.3.1995).

<sup>68</sup> Sobre o tema, NORBERTO BOBBIO já indicava: “A situação antinômica, criada pelo relacionamento entre uma lei geral e uma lei especial, é aquela que corresponde ao tipo de antinomia total-parcial. Isso significa que quando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 96-97).

<sup>69</sup> Na mesma esteira, preleciona LEONI, chegando mesmo a afirmar que “a vigência da nova Constituição determina impreterivelmente a ab-rogação da Constituição anterior, e não revogação parcial (derrogação), independentemente de haver compatibilidade das normas nelas contidas” (*Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 303).

revogadora. Repristinação, portanto, “consiste na recuperação de vigência de uma lei que já fora revogada”, como desfecha com clareza JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI.<sup>70</sup>

Partindo da opção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é possível afirmar: (i) a proibição da repristinação, significando que a revogação da lei revogadora não restaura os efeitos da lei revogada; (ii) a possibilidade de efeitos repristinatórios quando houver expressa disposição nesse sentido. Em outras palavras, quando revoga uma lei por outra, sobrevivendo nova revogação dessa segunda lei, não se restauram os efeitos daquela primeira, salvo expressa previsão em contrário.<sup>71</sup> Exemplificando: se a Lei A é revogada pela Lei B e, em seguida, vem a Lei C e revoga a Lei B, não se restauram os efeitos da Lei A, salvo expressa previsão legal.

Em síntese: o direito brasileiro não admite a repristinação, como regra, permitindo, porém, a existência de efeitos repristinatórios, nos casos previstos em lei. Aliás, mesmo quando se note um efeito repristinatório, não significará que houve repristinação da lei, como um todo.

Interessante situação ocorre no caso de declaração de inconstitucionalidade, por controle concentrado, da lei revogadora. Nessa hipótese, afirmada a inconstitucionalidade da lei revogadora, serão restabelecidos, naturalmente, os efeitos da lei revogada, em face da perda de eficácia daquela. Em sendo assim, percebe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma jurídica revogadora, através de controle de constitucionalidade, implicará em efeitos repristinatórios da norma anteriormente revogada, restaurando os efeitos de uma norma jurídica incompatível com o sistema, já que a norma atacada passa a não mais existir, sendo excluída do ordenamento jurídico.<sup>72</sup> Aliás, a norma inconstitucional será tratada como se nunca tivesse existido. Veja-se, nesse passo, o teor do art. 27 da Lei nº 9.868/98. Frise-se à exaustão: nessa hipótese, existem efeitos repristinatórios, decorrentes da restauração da eficácia da norma, o que não significa que o nosso ordenamento admita a repristinação.<sup>73</sup> Somente não serão restaurados os efeitos da lei revogada quando a Corte, ao reconhecer a inconstitucionalidade da norma revogadora, através do controle de constitucionalidade concentrado, declarar efeitos não retroativos para a declaração de inconstitucionalidade, promovendo uma *modulação da eficácia do controle de constitucionalidade*. Exemplificando, a Corte Suprema pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei, mas reconhecer a manutenção de sua vigência durante um determinado período, com vistas a proteger

<sup>70</sup> GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso Básico de Direito Civil*, op. cit., p. 23.

<sup>71</sup> Não é demais lembrar que a regra citada também é aplicável nos testamentos (declarações de última vontade). Assim, a revogação do testamento revogador não ressuscita os efeitos do testamento antes revogado.

<sup>72</sup> Já afirmou o Supremo Tribunal Federal que uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, “permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade” (RTJ 101: 593).

<sup>73</sup> A orientação jurisprudencial é clarividente: “Inconstitucionalidade. Efeito repristinatório. 1. A declaração de inconstitucionalidade em tese, ao excluir do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida, produz efeito repristinatório, conduzindo à restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. 2. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a repristinação prevista no art. 2º, § 3º, da LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, não há sequer revogação no plano jurídico” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., REsp. 491.009/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.5.2006, DJU 3.8.2006, p. 249).

as situações jurídicas consolidadas sob a égide daquela norma que se declara incompatível com o sistema.<sup>74</sup> Evidentemente, essa modulação deverá estar pautada pela proteção à dignidade da pessoa humana, além da segurança jurídica e da ordem pública.

## 6 A OBRIGATORIEDADE DAS NORMAS

Tratando-se de comando geral, abstrato e genérico, dirigido à coletividade, é natural que a lei, uma vez em vigor, obrigue a todos igualmente. Nesse passo, o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro acolheu, expressamente, o princípio da *obrigatoriedade das leis*, vedando a alegação do chamado *erro de direito*.

“Uma vez em vigor, a lei é uma ordem dirigida à vontade geral. É obrigatória para todos. Sujeitos à sua obediência e ao seu império todos os indivíduos, sem distinção de categoria social, de nível de cultura ou de grau de inteligência”, nas palavras, sempre sensatas, do grande CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.<sup>75</sup>

Funda-se o princípio da obrigatoriedade “em razão da segurança jurídica, para que seja possível a convivência social”, consoante a lição de TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA, MÔNICA SILVEIRA VIEIRA, MÔNICA ARAGÃO M. FERREIRA E COSTA e MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES.<sup>76</sup>

Não fosse o princípio da obrigatoriedade das leis, haveria um iminente perigo de desagregação e insegurança social, porque qualquer pessoa poderia ser perdoada pelo descumprimento da norma legal. Neutraliza-se, assim, a ignorância ao texto legal, fazendo com que ninguém possa alegar o seu desconhecimento.

Bem por isso, reza, *in litteris*, o texto legal: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (LINDB, art. 3º). Norma semelhante é encontrada em quase todos os ordenamentos modernos, como, dentre outros, no Direito português (art. 6º, Código Civil de Portugal) e espanhol (art. 6º, nº 1, Código Civil da Espanha).

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando não conhecê-la (*ignorantia iuris neminem excusat et nemo ius ignorare censetur*), o que traz, como corolário, a desnecessidade de prova em juízo da norma aplicável ao caso concreto, uma vez que os juízes conhecem a lei nacional.<sup>77</sup> Quando um determinado

<sup>74</sup> Veja-se um interessante exemplo de modulação da declaração de inconstitucionalidade: “Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/98, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente” (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADIn 1842/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6.3.2013, DJe 16.9.2013).

<sup>75</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 119.

<sup>76</sup> MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão M. Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código Civil de 2002*, op. cit., p. 77.

<sup>77</sup> É o princípio *iura novit curia*, pressupondo que os magistrados conhecem a legislação aplicável à espécie, bastando, via de consequência, as partes narrarem os fatos apresentados, pois ele dará a solução legal



dispositivo legal tiver cabimento, o juiz deverá promover a aplicação, independentemente de a parte o ter invocado.

Na verdade, muito embora não seja real, concreto, o conhecimento geral de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, impõe-se um dever geral de conhecimento decorrente da necessidade de segurança e estabilidade social, garantindo a eficácia global da ordem jurídica, até mesmo em face da complexidade e dificuldade técnica de viabilizar conhecimento geral.<sup>78</sup> Por isso, as normas contam com uma efetividade social, independentemente de serem conhecidas, ou não, pela coletividade.

O princípio da obrigatoriedade, no entanto, não é absoluto, admitindo temperamentos, em hipóteses nas quais venha a lei, expressamente, a admitir o *erro de direito*. Distingue-se o erro de direito do erro de fato, uma vez que este não se refere ao conteúdo da norma jurídica em si mesmo, mas a um acontecimento por ela regulado. Ou seja, o erro de fato (*error facti*) incide sobre as circunstâncias de fato de um determinado ato, enquanto o erro de direito (*error iuris*) pertine à ignorância ou falso conhecimento sobre a norma jurídica ou o seu conteúdo. Exemplificando: se alguém casa com uma mulher, sem saber que é a sua irmã, o erro é de fato. Mas, sabendo que a noiva é sua irmã, se ainda assim casa, por desconhecer a vedação da lei, o erro é de direito.

A matéria é de grande relevo na celebração de contratos. O erro de fato é amplamente admitido enquanto motivo da anulação de negócios jurídicos (CC, arts. 138 a 144). Já o erro de direito pode ser invocado como causa de invalidade (anulabilidade) de um negócio jurídico quando o agente estiver de boa-fé e a ignorância da lei tiver sido a causa determinante da declaração de vontade (CC, art. 139, III).<sup>79</sup> Aqui, não se exige a escusabilidade (desculpabilidade) do erro de direito, uma vez que o Código Civil está fundado no princípio da confiança, motivo pelo qual não se cogita da escusabilidade. Um bom exemplo pode ser apresentado com a pessoa que adquire um terreno para construir uma casa de veraneio, em determinada cidade, sem saber que aquela área foi considerada *non aedificandi* (nas quais é proibido construir) por força de uma lei municipal, que era desconhecida do adquirente. No caso exemplificado, haverá um erro de direito que poderá ser arguido pelo comprador para anular o contrato de compra e venda.

Outros exemplos de admissibilidade do erro de direito em nosso ordenamento jurídico estão domiciliados no âmbito do Direito Penal. É possível lembrar a admissibilidade de alegação do erro de direito nas figuras do art. 8º da Lei de Contravenções Penais e do art. 21 do Código Penal, que consagra o chamado *erro de proibição*, permitindo

(*narra mihi factum, dabo tibi jus*). Tal princípio sofre mitigações, como na hipótese contemplada no art. 337 do Código Instrumental, pela qual a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário deverá fazer a prova: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. É preciso ressaltar, de qualquer forma, que o princípio *iura novit curia* não chega a permitir que o juiz conceda aquilo que não foi formulado pela parte ou altere o pedido efetivamente formulado, em face do *princípio da congruência*, acolhido no Código de Processo Civil, arts. 459 e 460.

<sup>78</sup> Veja a respeito, MARIA HELENA DINIZ. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, op. cit., p. 88.

<sup>79</sup> Art. 139, Código Civil: “O erro é substancial quando: [...] III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico”.



a alegação do desconhecimento sobre a ilicitude da conduta praticada.<sup>80</sup> Ademais, o art. 65, especificamente em seu inciso II, também do Código Penal, estabelece que o desconhecimento da lei (erro de direito) poderá implicar em atenuação da pena a ser aplicada ao agente que praticou um delito.<sup>81</sup>

Além de tudo isso, o erro de direito também pode ser admitido para fins de reconhecimento do casamento putativo (CC, art. 1.561), autorizando o juiz a reconhecer a produção de efeitos diversos para um casamento nulo ou anulável, que foi contraído de boa-fé e incidindo em erro invencível (de fato ou de direito). É a hipótese de um irmão casar com a irmã sem saber que eram parentes (erro de fato) ou a hipótese de irmãos que, embora soubessem ser parentes, não sabiam que era proibido o casamento entre irmãos (erro de direito). Em ambos os casos, o juiz poderá reconhecer o casamento como putativo e emprestar efeitos jurídicos.

## 7

### A EFICÁCIA DAS LEIS NO TEMPO

Conforme explicitado alhures, a lei tem seu período de vida, nascendo, vigendo e morrendo. Como se percebeu, a extinção da norma jurídica ocorre através da revogação, que implica em sua substituição por uma outra norma, que passará a regulamentar as situações e relações jurídicas. Assim, torna-se fácil depreender que, até o advento da lei nova, as relações jurídicas submetiam-se ao crivo da lei anterior, já revogada. A partir da vigência do *novel* diploma legal, as relações jurídicas, então, passam a estar reguladas por ela.

A solução não é tão simples quanto parece. É que existem, naturalmente, situações ou relações jurídicas que foram estabelecidas sob a égide da lei anterior, mas que continuam projetando efeitos com o advento da lei nova. Em tais casos, é preciso estabelecer o chamado *direito intertemporal* ou *direito transitório*, para regulamentar os efeitos e consequências dos fatos praticados anteriormente à lei nova e que se protraem no tempo.

*Prima facie*, convém fazer alusão ao princípio constitucional da *proibição de retrocesso* no que tange aos direitos e às garantias fundamentais e sociais, previstos no Texto Magno. Por conta de sua extensão, não é possível uma nova norma jurídica retroagir a proteção dos direitos e garantias fundamentais e sociais, como expressão da própria dignidade humana, ali privilegiada.

Na verdade, a vida social não se organiza, em suas incontáveis e inimagináveis atividades, pelo calendário legislativo. Quando uma lei é revogada, resta o problema de saber qual será o tratamento jurídico a ser dispensado aos fenômenos fáticos (relações

<sup>80</sup> Art. 21, Código Penal: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

<sup>81</sup> Art. 65, Código Penal: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II – o desconhecimento da lei”.

e situações diversas) que se formaram no tempo de sua vigência e que continuarão se desenvolvendo mesmo depois do advento da nova lei. Como expõe JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI, invocando PAULINO SOARES DE SOUZA NETO, “se as relações de direito formadas e legitimamente reconhecidas ao tempo da antiga lei, conservam o potencial bastante para produzir, além dos já produzidos sob o regime da lei nova, poderá esta modificá-los? E até que ponto poderá modificá-los? Ou será que a antiga lei, revogada, embora, continue a regê-los? Neste caso, até quando, em que medida sobreviverá em relação a eles?”.<sup>82</sup>

Passando em revista os referenciais históricos, é relevante lembrar que, em Roma, Cícero já defendia a *irretroatividade das leis*, destacando que, no âmbito do Direito Civil, a nova lei não poderia atingir matéria anteriormente regulada. No mesmo sentido, o Imperador Teodósio II editou uma Constituição materializando a regra da irretroatividade: “É certo que as leis e as Constituições regulam os negócios futuros e não retrocedem até os fatos passados; a não ser que explicitamente se ocupem tanto do tempo anterior como dos negócios pendentes”. Também no direito grego há referências à irretroatividade, como se pode colher da própria Mitologia, como na passagem de *Édipo Rei*, de SÓFOCLES, na qual se exigiu a confirmação do conhecimento da lei vigente para que fosse possível condenar Antígona à morte. A preocupação com a não retroação das leis novas também tocou à Revolução Francesa, visivelmente preocupada em resguardar as garantias obtidas, em especial pela classe burguesa.

Pois bem, no direito contemporâneo, com o propósito de resolver o conflito de leis no tempo, concorrem dois critérios fundamentais: (i) a irretroatividade, não se aplicando a lei às situações jurídicas constituídas antes de sua vigência; (ii) o efeito imediato, incidindo a nova lei a todas as situações concretizadas sob sua égide.

Com FRANCISCO AMARAL, o efeito imediato da lei afirma que “a lei nova se aplica a todos os fatos que ocorrerem durante sua vigência”, enquanto a irretroatividade resulta na afirmação de que “os fatos verificados sob o império da lei antiga continuam regidos por ela, respeitando-se o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, tudo isso em favor da segurança jurídica”.<sup>83</sup>

O art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com a redação emprestada pela Lei nº 3.238/57, modificando as disposições originariamente previstas) apresenta a regra a ser utilizada na solução dos conflitos intertemporais de leis, adotando a teoria de GABBA – solução que veio, inclusive, a ser elevada à altitude constitucional com a Carta de 1988 (art. 5º, XXXVI). Giza o texto legal:

*Art. 6º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:*

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

<sup>82</sup> GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso Básico de Direito Civil*, op. cit., p. 28.

<sup>83</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 101.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”<sup>84</sup>

A partir da intelecção do preceito legal – agasalhado constitucionalmente no art. 5º, XXXVI – é possível afirmar, seguramente, que as leis não têm retroatividade. Assim sendo, a lei nova é aplicável aos casos pendentes e futuros. Excepcionalmente, no entanto, admitir-se-á a aplicação da lei nova aos casos passados (a retroatividade) quando: (i) houver expressa previsão na lei, determinando sua aplicação a casos pretéritos (ou seja, no silêncio da lei, prevalece a irretroatividade), e (ii) desde que essa retroatividade não ofenda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.<sup>85</sup>

Essas regras de aplicação da lei no tempo são dirigidas tanto ao aplicador do Direito, quanto ao legislador, obrigando a ambos.<sup>86</sup>

Aliás, mesmo em se tratando de norma de ordem pública, ainda assim impõe-se aplicar os princípios constitucionais da irretroatividade da lei nova e de respeito ao direito adquirido.<sup>87</sup> Ora, se o princípio da irretroatividade é dirigido, por igual, ao legislador, demarcando as latitudes e longitudes da atividade legislativa, violará frontalmente a Carta Magna toda e qualquer ato normativo que ferir eventual direito adquirido, ainda que sob inspiração do interesse ou da ordem pública. Vale invocar aresto do nosso Pretório Excelso, tratando da matéria e esclarecendo o tema abordado em candentes palavras:

“No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis – (a) que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa – não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa – ato ou fato ocorrido no passado – que lhes deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima, incide na vedação constitucional que protege a incolumidade

<sup>84</sup> Considerando a natureza excepcional e a índole constitucional do mandado de segurança, a Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal reconheceu que a “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

<sup>85</sup> Com idêntico pensar, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil*: parte geral, op. cit., p. 27: “Diz-se justa a retroatividade (das normas) quando não se depara, na sua aplicação, qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada; e injusta, quando ocorre tal ofensa”.

<sup>86</sup> CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com habitual proficiência, dispara não se tratar o princípio da irretroatividade e da aplicação imediata das leis de uma regra imposta apenas ao juiz, “a quem é vedado atribuir à lei efeito retro-operante. Mais longe do que isto, é uma norma cogente para o legislador, à sua vez proibido de ditar leis retroativas” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 144). No mesmo sentido, SÍLVIO RODRIGUES. *Direito Civil*: parte geral, op. cit., p. 28, e LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 278.

<sup>87</sup> Oportuno trazer à colação precedente jurisprudencial, proclamando a tese ora esposada: “Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública” (RT 778: 204).

do ato jurídico perfeito. A cláusula de salvaguarda do ato jurídico perfeito, inscrita na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI, aplica-se a qualquer lei editada pelo Poder Público, ainda que se trate de lei de ordem pública. Precedentes do STF” (STF, Ag. 251533-6/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v. u., j. 25.10.1999, DJU 23.11.1999, p. 32-33).

Ademais, também é conveniente sublinhar que a Suprema Corte também vem entendendo que nem mesmo os efeitos futuros dos fatos ocorridos ainda sob vigência da lei antiga poderão ser atingidos pela lei nova, sob pena de violação à garantia constitucional da irretroatividade normativa. Veja-se a respeito, ilustrativamente:

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF – ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido” (STF, ADIn 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25.6.1992, DJU 4.9.1992, p. 14089).

Forçoso é reconhecer, outrossim, na linha do raciocínio exposto, a *aplicação imediata da lei nova às relações jurídicas continuativas* – isto é, as relações jurídicas iniciadas na vigência da lei anterior e que se protraem no tempo, mantendo-se após o advento da lei nova. No que concerne às relações continuativas (também chamadas de *relações de trato sucessivo*), a sua existência e a sua validade ficam submetidas à norma vigente ao tempo de seu início. No entanto, a sua eficácia estará, inarredavelmente, submetida à nova norma jurídica. De qualquer sorte, é certo que essa incidência da lei nova aos efeitos das relações continuativas exige o respeito ao ato jurídico perfeito (aquele já consumado no tempo da lei anterior), ao direito adquirido (aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio do titular<sup>88</sup>) e à coisa julgada (qualidade que reveste os efeitos decorrentes da decisão judicial contra a qual não mais cabe qualquer recurso).<sup>89</sup> Um bom exemplo pode ser lembrado com a incidência do novo limite de multa (cláusula penal) às taxas condominiais, não podendo exceder a 2% ao mês, imposto pelo Código Civil de 2002. Na legislação antecedente, a multa poderia ser fixada no limite

<sup>88</sup> A lição de FRANCISCO AMARAL, a respeito da matéria, é de clareza meridiana, realçando o caráter patrimonial do direito adquirido: “Direito adquirido é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo, que, tendo passado a integrar o patrimônio do adquirente, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objetivo” (*Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 102). No mesmo sentido, confira-se a posição da jurisprudência, reconhecendo que a isenção e a imunidade tributárias concedidas à entidade beneficente configuram *direito adquirido*, dada a conotação patrimonial: STJ, MS 8.499/DF, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.2.2004.

<sup>89</sup> Como salienta JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO, “na verdade, foi um preciosismo a decomposição dos eventos imunizadores contra a lei nova em ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido, posto que esse último conceito abrange os demais: quem é detentor de coisa julgada a seu favor tem direito adquirido à execução da sentença; quem é titular de direito decorrente de ato jurídico perfeito igualmente tem direito adquirido às relações jurídicas que daí emanam. Logo, bastaria a menção ao último para se ter proteção em todas as formas, seguindo a doutrina de GABBA, segundo a qual ‘o respeito aos direitos adquiridos é o único limite à eficácia das leis no tempo’” (*Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 22).

de 20% ao mês. Assim sendo, indaga-se: um condomínio constituído antes da vigência da Codificação Reale poderia continuar cobrando a multa de até 20% pelo atraso no pagamento da taxa mensal? A resposta é não. Estando todo e qualquer condomínio submetido ao limite de 2% ao mês, mesmo aqueles constituídos antes da vigência do atual *Codex*, uma vez que em se tratando de uma relação jurídica continuativa a sua eficácia estará, seguramente, submetida à legislação vigente. Vale pontuar ser essa a posição da jurisprudência.<sup>90</sup>

Aliás, bem por isso o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 1, vazada em termos claros: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001”.

Vale pontuar que direito adquirido é aquele que se incorporou ao *patrimônio* do titular, não sendo possível falar em direito adquirido de natureza extrapatrimonial. Enfim, é, tão só, o direito enraizado na perspectiva econômica do seu titular. Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça vem negando a existência de direito adquirido à revalidação do diploma expedido por universidade cubana mesmo quando o universitário ingressou no curso de Medicina daquele país sob a égide do Decreto nº 80.419/77 – que autorizava a revalidação automática do diploma expedido por instituição de Medicina de Cuba –, mas concluiu o curso na vigência do Decreto nº 3.007/99, que, por sua vez, revogou o ato normativo anterior, impossibilitando a revalidação automática, exigindo o atendimento de um procedimento legal, com vistas à compatibilização com o sistema educacional brasileiro.<sup>91</sup>

Não se olvide que, a toda evidência, não há (e não poderia ser diferente) direito adquirido em face do Texto Constitucional. Em outras palavras, não existe direito adquirido em face do poder constituinte originário – o que é absolutamente justificável, uma vez que se institui uma nova ordem jurídica. É que o advento de uma nova ordem constitucional faz desaparecer, integralmente, o ordenamento que, até então, existia.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> A título ilustrativo, veja-se: “Condomínio. Multa. Aplicação do art. 1.336, § 1º, do Código Civil de 2002. Precedentes da Corte. Já assentou esta Terceira Turma que a ‘natureza estatutária da convenção de condomínio autoriza a imediata aplicação do regime jurídico previsto no novo Código Civil, regendo-se a multa pelo disposto no respectivo art. 1.336, § 1º’ (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 663.436/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.3.2006, DJU 1.8.2006, p. 432).

<sup>91</sup> Veja-se, ilustrativamente, a posição pacífica da nossa jurisprudência superior: “*In casu*, inobstante o ingresso no curso de Medicina no Instituto Superior de Ciências Médicas de Camagüey, em Cuba, tenha se dado em 1998, sob a égide do Decreto Presidencial 80.419/77, que assegurava o reconhecimento automático de diploma obtido no exterior, a diplomação efetivou-se em 16.07.2004 (fl. 30), portanto, na vigência do Decreto nº 3.007, de 30.03.99, o qual revogou o mencionado decreto, exigindo prévio processo de revalidação, à luz da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (art. 48, § 2º, da Lei 9.394/96), fato que, evidentemente, conduz à ausência de direito adquirido à pretendida revalidação automática. 3. O direito adquirido, consoante cediço, configura-se no ordenamento jurídico pátrio quando incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular. 4. Sobrevindo novel legislação, o direito adquirido restará caracterizado acaso a situação jurídica já esteja definitivamente constituída na vigência da norma anterior, não podendo ser obstado o exercício do direito pelo seu titular, que poderá, inclusive, recorrer à via judicial” (STJ, Ac. Unân., 1ª T., AgRegREsp. 966.876/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j.2.12.2008, DJU 15.12.2008).

<sup>92</sup> É o que sustenta, dentre vários, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, advertindo, todavia, que, apesar de ter “efeito imediato”, uma reforma constitucional “não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio jurídico de todos que gozavam do benefício” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 162).

Cessa, assim, a *ratio* que sustentava a legislação vigente e, consequentemente, os direitos que foram outorgados. Nesse passo, vale recordar o art. 17 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”. Igualmente, vale a alusão ao art. 41, §§ 1º e 3º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que também tempera a regra da proteção do direito adquirido.

Todavia, no que tange ao Poder Constituinte derivado (as emendas constitucionais), não se pode chegar à mesma solução. Efetivamente, embora as emendas constitucionais sejam normas constitucionais, são elaboradas pelo poder constituinte derivado ou de segundo grau, não inaugurando um novo sistema. Por isso, a elas é possível objetar a necessidade de respeito ao direito adquirido. Endossando essa conclusão, ZENO VELOSO é contundente ao asseverar que “as emendas constitucionais têm de respeitar, sem dúvida, o princípio do direito adquirido”. E dispara: “É inconstitucional emenda à Constituição que desrespeita esta garantia”.<sup>93</sup> Apesar da clareza meridiana desse raciocínio, em entendimento questionável tecnicamente, vem afirmando o Supremo Tribunal Federal que não há direito adquirido, nem mesmo, em face do poder constituinte derivado e não só em relação ao poder originário. Serve como consistente exemplo desse posicionamento a reforma da Previdência Social, oportunidade em que foram relativizados direitos adquiridos de servidores públicos em razão de uma emenda constitucional (PEC 33).<sup>94</sup>

De outra banda, convém o registro de que a jurisprudência superior vem admitindo uma *relativização da garantia de coisa julgada* nos casos em que há conflito com direitos fundamentais. Ou seja, admite-se o afastamento da coisa julgada para prestigiar determinados valores de envergadura, também, constitucional. Um bom exemplo é a possibilidade de mitigação da coisa julgada para permitir uma nova propositura de ação de investigação de parentalidade, permitindo que o filho busque a determinação de sua paternidade ou maternidade.<sup>95</sup> Outrossim, o parágrafo único do art. 741 do Código de

<sup>93</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, op. cit., p. 110.

<sup>94</sup> A respeito do tema, veja-se a decisão relatada pelo Min. Sepúlveda Pertence no MS 23.047/DF, julgado em 11.2.1998, assim ementada: “Emenda Constitucional. Limitações materiais (‘cláusulas pétreas’). Controle jurisdicional preventivo (excepcionalidade). A proposta de reforma previdenciária (PEC 33-I), a forma federativa de Estado e os direitos adquiridos (CF, art. 60 c/c art. 5º, XXXVI). Alcance das cláusulas invocadas. Razões do indeferimento da liminar”.

<sup>95</sup> “Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento da ação investigatória ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido[...] A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso da investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje



Processo Civil considerou “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, também explicitando uma certa mitigação da garantia da coisa julgada.

Por igual, também vem se sustentando a *relativização do direito adquirido*, em face de outros valores constitucionais, de maior envergadura, em cada caso concreto. É que a segurança jurídica, almejada através da afirmação do direito adquirido, não é o mais importante valor protegido em sede constitucional, podendo ser superada, em casos concretos, por outros valores, que mereçam proteção mais efetiva.<sup>96</sup>

Por derradeiro, impende destacar a possibilidade de aplicação das leis penal e tributária novas aos fatos pretéritos, desde que mais benéficas ao réu ou ao contribuinte, consoante autorização do inciso XL do art. 5º da Lei Maior. É a chamada *retroatividade benigna* ou, como preferem os franceses, *la loi plus douce*. De qualquer forma, tal possibilidade de aplicação da lei nova mais benéfica ao réu, alcançando fatos passados, não altera a regra geral da irretroatividade, apenas caracterizando exceção, com sede constitucional. Advirta-se, no entanto, não ter cabimento a referida exceção no âmbito civil, não se admitindo a aplicação da lei nova aos fatos pretéritos, ainda que mais benéfica ao titular de relações jurídicas. Exemplificando: se a lei nova apresentar regra mais favorável ao devedor em determinada relação contratual, ainda assim não se aplicará às relações jurídicas estabelecidas anteriormente, impondo-se o cumprimento da obrigação pelas regras do tempo da sua assunção.<sup>97</sup>

Em arremate, sintetizando a matéria abordada, vale a pena sistematizar algumas regras de aplicação das leis civis no tempo:

- i) a lei aplicável aos contratos será a do tempo de sua constituição no que diz respeito à sua existência e validade. Todavia, quanto à sua eficácia, aplicam-se as normas vigentes na data de sua execução. Bem por isso, o art. 2.035 da Lei Civil é alvejante ao afirmar que a validade dos negócios obedecerá às regras vigentes na data de sua celebração;<sup>98</sup>

---

se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que em uma sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 226.436/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.6.2001, DJU 4.2.2002, p. 370).

<sup>96</sup> Chegando à mesma conclusão, veja-se FLÁVIO TARTUCE. *Direito Civil*, op. cit., p. 66.

<sup>97</sup> Esclarece LESSA GIORDANI, invocando EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, que “as obrigações são governadas, no seu nascimento, efeitos e extinção, pela lei sob cujo império foram constituídas” (*Curso Básico de Direito Civil*, op. cit., p. 33).

<sup>98</sup> Art. 2.035, Código Civil: “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.



- ii) os direitos sucessórios serão regidos pela lei em vigor no tempo da abertura da sucessão, que corresponde ao momento do óbito do autor da herança (CC, art. 1.784);<sup>99</sup>
- iii) o testamento submete-se às leis do tempo em que foi elaborado, inclusive no que tange à capacidade para testar (CC, art. 1.861);
- iv) não se perde a capacidade já adquirida pelo advento de uma lei revogadora, alterando as regras sobre a capacidade civil (exemplificando, se uma nova lei aumentar a capacidade plena, novamente, para os vinte e um anos, aquele que, contando com dezenove anos, era maior e capaz não retorna à incapacidade);
- v) o casamento tem a sua validade regida pelas normas vigentes quando de sua celebração, enquanto o regime de bens entre os cônjuges será disciplinado pela lei em vigor na celebração do pacto antenupcial, no que tange à sua eficácia e validade, estando a eficácia submetida à lei atual;
- vi) a existência e a validade do *pacto antenupcial* estão submetidas à norma vigente no momento de sua celebração, mas a sua eficácia está subordinada à norma atual. Por isso, mesmo as pessoas casadas sob a égide do Código Civil de 1916 podem alterar o seu regime de bens, valendo-se do permissivo do § 2º do art. 1.639 da Codificação, por dizer respeito aos seus efeitos;<sup>100</sup>
- vii) a qualificação dos direitos reais submete-se à lei nova.<sup>101</sup>

## 8

### EFICÁCIA DAS LEIS NO ESPAÇO

#### 8.1 A aplicação da lei estrangeira e o princípio da territorialidade mitigada

A partir da ideia de soberania estatal preconizada pela norma constitucional como princípio fundamental da República (CF, art. 1º), é fácil compreender que a norma

<sup>99</sup> Nesse sentido, inclusive, a Súmula 112 do Supremo Tribunal Federal assevera ser irrelevante modificação posterior na alíquota do imposto *causa mortis*, devendo ser calculado o tributo com base na que vigorava quando da abertura da sucessão (o momento do óbito do titular da herança): “O imposto de transmissão ‘causa mortis’ é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão”.

<sup>100</sup> A orientação do Superior Tribunal de Justiça se firmou, sem discrepâncias, nesse rumo: “Direito Civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 821.807/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.10.2006, DJU 13.11.2006, p. 261).

<sup>101</sup> Apesar da redação confusa do art. 2.039 do Código Civil, é possível a mudança do regime de bens de pessoas casadas antes do advento do Código Civil de 2002. Alguns motivos concorrem para tanto: (i) se a proibição se justifica pela proteção que se confere a terceiros, inexistindo prejuízo a estes (e aos próprios consortes) – situação constatável com a ampla divulgação do pleito de mudança – não há razão para vedar a alteração patrimonial; (ii) não é crível, nem razoável, interpretar a lei de modo a cancelar distintamente pessoas que casaram no dia 10 de janeiro de 2002 das pessoas que convolveram núpcias no dia seguinte; (iii) o próprio Código, em vários dispositivos, determina a sua incidência a fatos jurídicos passados. Sobre o tema, com maior profundidade, remeta-se ao nosso volume dedicado à matéria familiarista: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*, op. cit., p. 414.

jurídica deve ser aplicada nos limites das fronteiras geográficas do seu respectivo órgão político (*locus regit actum*).

Sucede que o intercâmbio cultural, social e econômico existente, e cada vez mais frequente, entre os povos de diversos países, determina a necessidade imperiosa de admitir a aplicação da legislação de um país além dos limites de sua soberania estatal. Equivale a dizer, há premente necessidade de admitir a aplicação da lei de um determinado país além de seus limites territoriais, impondo-se a adoção de regras para solucionar tais hipóteses.

É o direito internacional privado que regula a matéria, apresentando (diferentemente da solução adotada pelos romanos ao estabelecer o *jus gentium* para reger as relações jurídicas travadas por um estrangeiro) regras que determinam qual a norma aplicável em cada caso.

Importante frisar, com o eminente mestre das Alterosas, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que “a rigor não existe, e não pode mesmo existir conflito interespacial de leis. Seria isto um absurdo lógico e um absurdo jurídico dentro do conceito fundamental do direito positivo como expressão de soberania estatal. O que existe, e aqui se insere a extensão da extraterritorialidade, é a circunstância de um Estado determinar que, na apreciação de certas relações jurídicas, sejam aplicados princípios de direito estrangeiro. O direito positivo nacional, diante de um fato em conexão com meios sociais diferentes, pode mandar sejam julgadas as relações jurídicas dele geradas pelo próprio direito nacional – *ius indigenum* – ou pelo direito estrangeiro – *ius extraneum* – ou em parte por um e em parte por outro”.<sup>102</sup>

A partir de tais premissas, é possível inferir que, embora as leis sejam editadas para serem aplicadas no território nacional (princípio da territorialidade), admite-se, sem ferir a soberania estatal nacional e a ordem internacional, em determinadas hipóteses, a aplicação da norma estrangeira em território nacional ou a aplicação da lei brasileira em território estrangeiro (princípio da extraterritorialidade). Assim, conclui-se, facilmente, que adota o ordenamento brasileiro o princípio da *territorialidade moderada*,<sup>103</sup> também dita *temperada* ou *mitigada*, em razão de admitir, a um só tempo, as regras da territorialidade (LINDB, arts. 8º e 9º) e da extraterritorialidade (LINDB, arts. 7º, 10, 12 e 17).

Nessa ordem de ideias, a regra geral, é que no território brasileiro é aplicável a lei brasileira. Todavia, excepcionalmente, é admitida a aplicação da lei estrangeira em território brasileiro, nos casos permitidos por lei.

Exige-se, pois, uma regra de conexão para que a norma legal alienígena seja acolhida em nosso território. Enfim, precisa-se de um elemento para definir as hipóteses em que a legislação estrangeira poderá surtir efeitos concretos no território nacional. Pois bem, abandonando a regra adotada na antiga Lei Introdutória, a Lei vigente consagra como regra de conexão o chamado *estatuto pessoal*.

<sup>102</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 169.

<sup>103</sup> Com esse pensamento, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil*: parte geral, op. cit., p. 28, e ROBERTO SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 150.

Através da regra do *estatuto pessoal* será aplicável a norma legal do domicílio do estrangeiro para reger as suas relações jurídicas atinentes ao começo e ao fim da personalidade, ao nome, à capacidade e aos direitos de família, como reza, expressamente, o art. 7º da Lei Introdutória,<sup>104</sup> indicando o acolhimento da regra do chamado *estatuto pessoal*.

Também é aplicável a regra do estatuto pessoal (isto é, a lei do domicílio da pessoa) no que concerne: (i) aos bens móveis que o proprietário tiver consigo ou se destinarem ao transporte para outros lugares (LINDB, art. 8º, § 1º), (ii) ao penhor (LINDB, art. 8º, § 2º) e (iii) à capacidade para suceder (LINDB, art. 10, § 2º), isto é, a capacidade para receber herança ou legado.

Não difere o tratamento dispensado às pessoas jurídicas, que devem obedecer à lei do Estado em que se constituíram (Lei Introdutória, art. 11, *caput*),<sup>105</sup> confirmando a regra do estatuto pessoal. De qualquer forma, não se olvide que para terem filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos em território brasileiro, necessitarão da aprovação de seus atos constitutivos pela ordem jurídica pátria, se lhes aplicando, nesse particular, a lei nacional.

O critério do estatuto pessoal não é, contudo, absoluto, pois a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro abraça outros critérios específicos para a admissibilidade da lei alienígena.

Assim sendo, em determinadas hipóteses, a Lei Introdutória afasta-se do critério do estatuto pessoal para prestigiar critérios específicos de aplicação da lei estrangeira em território nacional. São critérios específicos, aplicáveis, unicamente, nos casos específicos, devidamente delimitados pela própria norma. Veja-se sistematicamente:

- i) a aplicação da lei do lugar da coisa (*lex rei sitae*) para regular as relações de posse e de propriedade sobre bens imóveis (LINDB, art. 8º);<sup>106</sup>
- ii) que seja aplicada a regra legal do lugar em que foi constituída (*locus regit actum*) para normatizar as relações obrigacionais (LINDB, art. 9º, § 2º);<sup>107,108</sup>

<sup>104</sup> Art. 7º, Lei Introdutória: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

<sup>105</sup> Art. 11, Lei Introdutória: “As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”.

<sup>106</sup> Por conta dessa regra, a alienação ou oneração de bem imóvel situado no Brasil por pessoa casada no exterior (ainda que lá esteja domiciliada) exige a outorga do cônjuge (salvo se casado no regime de separação convencional de bens), em face da incidência inexorável da lei brasileira. Nesse diapasão segue a jurisprudência: “Para qualificar os bens e regular as relações a ele concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados, como dispõe o art. 8º da Lei Introdutória. Consequentemente, é nula a venda de bem imóvel, situado no Brasil, pelo marido sem o consentimento da mulher, ainda que se trate de casal estrangeiro” (TJ/PR, Ap. Cív. 906/84, *Revista de Direito Imobiliário* 17-18: 128-129).

<sup>107</sup> A regra esculpida no § 2º do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem de ser entendida em conformidade com a disposição do art. 435 do Código Civil, inexistindo conflito entre as citadas normas. Dispõe textualmente o art. 435 da Lei Civil: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Por sua vez, determina a Lei Introdutória no citado dispositivo: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Apesar do aparente choque entre as normas, não há qualquer incompatibilidade. É que, enquanto a regra da Lei Introdutória é aplicável aos contratos internacionais, a norma codificada tem incidência aos contratos internos.

<sup>108</sup> Admite-se, obviamente, que, nos contratos internacionais, as partes possam estabelecer cláusulas elegendo outro foro, distinto do lugar em que se domicilia o proponente, dada a disponibilidade da norma. Assim já

iii) a incidência da lei do domicílio do falecido ou do ausente na sucessão por morte ou ausência (LINDB, art. 10, § 1º).<sup>109</sup> Nessa hipótese, há de se advertir que, em se tratando de bens, pertencentes ao estrangeiro morto, situados no Brasil, aplicar-se-á a lei mais favorável ao cônjuge sobrevivente (e, logicamente, ao companheiro) e aos filhos brasileiros, espelhando o chamado *princípio da proteção da família brasileira*, que tem sede constitucional (art. 5º, XXXI). Poderá ser a lei brasileira ou a lei do domicílio do *de cuius*. Mesmo que a lei mais favorável seja a lei alienígena, a decisão será prolatada por juiz brasileiro, que deterá a competência para processar e julgar o inventário dos bens situados em solo nacional. É caso excepcional em que se permite ao juiz brasileiro deliberar com base em lei estrangeira.<sup>110</sup>

Lembre-se, oportunamente,<sup>111</sup> da possibilidade reconhecida ao juiz brasileiro, que estiver diante da aplicação de lei estrangeira, de determinar à parte a prova do texto legal e da vigência do direito alienígena<sup>112</sup> (LINDB, art. 14, e CPC, art. 337). Se, malgrado os esforços envidados pela parte e pelo próprio juiz *ex officio*, não estiver provado o direito exterior, deverá a causa ser dirimida com base no direito vigente no lugar. É de se entender, no particular, a expressão *lei estrangeira* em amplo senso, aglutinando, a um só tempo, a lei, os atos normativos administrativos, o decreto, o regulamento e, até mesmo, os costumes.

## 8.2 O respeito à ordem pública como filtro para a admissão da lei estrangeira no território nacional

Como se percebeu alhures, sem dúvida, é possível a aplicação da norma legal alienígena no território nacional, nos casos tratados.

se manifestou a jurisprudência: “A lei aplicável ao arrendamento mercantil constituído na Inglaterra deveria ser a inglesa; no entanto, se, na contenda com arrendatária brasileira, a arrendadora abdica do foro inglês, ajuizando a ação no domicílio da arrendatária, que a aceita, há de se aplicar a lei brasileira, principalmente se a análise da cláusula do contrato remete à presunção de que este, embora redigido em inglês, foi celebrado no Brasil” (RT 781: 293).

<sup>109</sup> Art. 10, § 1º, Lei Introdutória: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

<sup>110</sup> Há precedente sobre a matéria: “Segundo o cânone constitucional que rege a *quaestio* (art. 5º, XXXI), a presença de estrangeiros em sucessão *causa mortis* exige melhor estudo para o juiz solucionar os conflitos surgidos sobre a possibilidade de aplicação da lei de países distintos. O texto em comento oferece duas soluções a prevalecer aquela que for mais favorável ao cônjuge ou aos seus filhos brasileiros. *In casu*, sendo o falecido e seus pais portugueses e a cônjuge sobrevivente brasileira, aplica-se o art. 2.142 do Código Civil português, por ser este mais favorável ao cônjuge, a qual será beneficiada com 2/3 dos bens” (TJ/RJ, Ac. 3ª Câmara Cív., Ap. Cív. 14.153/98, Rel. Des. Hudson Lourenço, j. 20.9.1999).

<sup>111</sup> A respeito da matéria, veja-se MARIA HELENA DINIZ. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, op. cit., p. 353.

<sup>112</sup> A prova do direito alienígena pode ser feita de maneira bastante ampla. Admite-se a apresentação da publicação na imprensa oficial, obras jurídicas mencionando o texto de lei, certidão da autoridade diplomática ou consular, declaração de dois advogados em exercício no país de origem da prova, pareceres de juristas renomados no país etc.

É preciso ressaltar, todavia, que a admissibilidade da aplicação da lei estrangeira em território nacional pressupõe a inexistência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes, como preconiza o art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No ponto, releva afirmar que a concepção de ordem pública e de bons costumes precisa ser vislumbrada com os olhos voltados aos valores vigentes em determinado tempo. Basta lembrar que, antes da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a ordem pública era utilizada como argumento para indeferir a aplicação da lei estrangeira no Brasil, obstando a homologação de divórcios concedidos, por exemplo, no vizinho Uruguai. Somente observando a realidade atual e os valores constitucionais que servem como pedra de toque do sistema jurídico brasileiro é que se pode apreciar o conceito de ordem pública. Enfim, o conteúdo do conceito de *ordem pública* está permeado pelos princípios e normas constitucionais, evitando que o acatamento de uma lei estrangeira importe resultado inconstitucional. Há, portanto, “interferência direta da Constituição no momento da aplicação da norma”,<sup>113</sup> caracterizando a denominada *teoria horizontal dos direitos fundamentais constitucionais*.

Ilustrando, lembra-se que o Supremo Tribunal Federal (quando ainda apreciava a matéria, antes da modificação de competência determinada pela Emenda Constitucional nº 45) deferiu, em carta rogatória, a citação de uma pessoa aqui domiciliada para que respondesse, nos Estados Unidos, a uma ação que lhe era movida por dívida de jogo, afirmando que a dívida foi assumida no exterior, para lá ser cumprida. Por isso, entendeu o Min. MARCO AURÉLIO que o eventual indeferimento da citação violaria a ordem pública, pois importaria enriquecimento sem causa e desrespeito à boa-fé nas relações jurídicas.<sup>114</sup>

Sintetizando, a ordem constitucional, especialmente assentada nos direitos fundamentais, serve como anteparo, barreira, à admissão de normas estrangeiras que se oponham ao sistema interno.

### 8.3 A aplicação da sentença ou laudo arbitral estrangeiro e o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça

Em princípio, nenhum Estado soberano está obrigado a reconhecer, no seu território, decisões judiciais emanadas de órgãos judiciais estrangeiros. Entretanto, como regra, os Estados reconhecem sentenças alienígenas, quando atendidos requisitos básicos de compatibilização com a ordem jurídica interna.

<sup>113</sup> O comentário oportuno é apresentado por NADIA DE ARAÚJO. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 114.

<sup>114</sup> STF, Ac. Tribunal Pleno, CR5332 – Estados Unidos, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 2.6.1993, colhendo-se a seguinte passagem: “Caberia à Suprema Corte do país dar como que um ‘bill’ de indenidade, referendar um alibi de modo a tornar impune o comportamento irresponsável e amoral de inescrupulosos para quem a dignidade é menor valor? Há poucos dias, Sr. Presidente, V. Exa. manifestava preocupação ante as repercussões de uma possível greve de juízes na imagem do país. Guardadas as devidas proporções, sustento também neste caso que a honra de uma nação não pode ficar comprometida, sequer arranhada, por obra e graça, em última análise, da desfaçatez sem peias de ‘playboys’ inconsequentes: não esqueçamos em momento algum que, na hipótese examinada, houve reconhecimento consciente – até com o pagamento de uma primeira parcela – de uma dívida lícitamente contraída, de acordo com a lei do local em que avençado o débito”.

Merece, assim, destaque a possibilidade de cumprimento de decisão judicial estrangeira no Brasil, dê que homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (cuja competência para tanto é determinada constitucionalmente pelo art. 105, I, i, conforme redação emprestada pela Emenda Constitucional nº 45), exarando o indispensável *exequatur*, isto é, o “cumpra-se”, após verificar a sua regularidade formal e material, nos termos do procedimento indicado nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil, bem como respeitando as regras da Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe sobre a homologação de sentença estrangeira naquela Corte, inclusive esclarecendo a necessidade de intervenção do Ministério Público.

Saliente-se, oportunamente, que as decisões judiciais estrangeiras e as cartas rogatórias eventualmente pendentes de homologação pelo Supremo Tribunal quando do advento da Emenda Constitucional multicitada tiveram de ser remetidas para o Superior Tribunal de Justiça, inclusive aquelas que, já tendo sido julgadas, tiveram interpostos embargos de declaração, ainda não apreciados.

Desse modo, a decisão judicial alienígena torna-se assemelhada às decisões nacionais, compatibilizando-se com o ordenamento jurídico. Serve, pois, a homologação de sentença estrangeira como uma “confirmação formal”, uma verdadeira “concordância do órgão judiciário local, com o intuito de fazer com que a sentença alienígena possa ser eficaz dentro de seu território”, na lição de JULIANA KALICHSZTEIN,<sup>115</sup> em obra especificamente dedicada à matéria. Não se reexamina o mérito da decisão alienígena,<sup>116</sup> apenas sendo negado o reconhecimento ao *decisum* estrangeiro quando o procedimento desatender às formalidades legais ou quando a deliberação judicial violar os princípios ou normas da ordem jurídica pátria.

É que, em princípio, no território nacional somente podem ter eficácia as decisões judiciais brasileiras, necessitando as decisões alienígenas do *exequatur* da Corte Superior de Justiça para que venham a ganhar exequibilidade.

Alguns requisitos são exigidos para a homologação da decisão judicial estrangeira (art. 483, CPC, e art. 5º da Resolução nº 9/05 do Superior Tribunal de Justiça):

- i) prolação da decisão homologanda por juiz competente;
- ii) autenticação pelo Consulado brasileiro do local da sentença, com respectiva tradução oficial dos documentos;
- iii) citação das partes interessadas ou ter se configurado, regularmente, a revelia;
- iv) trânsito em julgado do *decisum* homologando.<sup>117</sup> A Súmula 420 do Supremo Tribunal Federal, inclusive, afirma que “não se homologa sentença proferida no estrangeiro sem prova do trânsito em julgado”.

<sup>115</sup> KALICHSZTEIN, Juliana. *Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil*, op. cit., p. 22.

<sup>116</sup> Assim, STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 4545 – Itália, RTJ 144: 790 e STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 4948-2 – Estados Unidos, RT 774: 169.

<sup>117</sup> Vale invocar trecho de um elucidativo aresto da Suprema Corte, destacando serem “pressupostos da homologabilidade da sentença estrangeira: a) a sua prolação por juiz competente; b) a citação do réu ou a configuração legal de sua revelia; c) o trânsito em julgado do ato sentencial homologando, bem assim o



Por óbvio, além dos requisitos aludidos, dependerá a homologação da compatibilidade da decisão alienígena com a ordem jurídica interna. Isso porque não se chancela, v. g., a decisão judicial proferida sem motivação, violando o comando do art. 93, IX, da Constituição da República, e do art. 458 do Código de Processo Civil.<sup>118</sup>

O procedimento de homologação de sentença estrangeira, que possui natureza tipicamente jurisdicional, tem cognição restrita, cingindo-se a discussão à “satisfação dos requisitos de homologabilidade”,<sup>119</sup> que é o verdadeiro mérito do pedido. Admite-se, de qualquer forma, a homologação parcial da decisão estrangeira, quando somente parcela da decisão homologanda atender aos pressupostos exigidos.<sup>120</sup>

NADIA DE ARAÚJO explica as etapas do procedimento de homologação de sentença estrangeira, esclarecendo que, após protocolado o pedido, “ao presidente (da Corte) cabe examinar a inicial e verificar se todos os requisitos foram preenchidos, podendo dar prazo ao requerente para emendar ou aditar o pedido”. Em seguida, após a cientificação do réu, por carta de ordem ou rogatória,<sup>121</sup> “a contestação só versará sobre os requisitos de admissibilidade, não podendo pretender a justiça ou injustiça da sentença”, e será ouvido o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*). Não havendo impugnação, permite-se que o próprio Presidente conceda a homologação, em decisão monocrática. Havendo impugnação, distribui-se o pedido e será julgado pelo Plenário.<sup>122</sup>

Havendo indeferimento do pedido homologatório de decisão alienígena, em razão do desatendimento dos requisitos legais exigidos na nossa legislação, nada

---

cumprimento das formalidades necessárias à sua execução no lugar em que foi proferido; e d) a autenticação, pelo Consulado brasileiro, da sentença homologanda e a tradução oficial dos documentos” (STF, Sentença Estrangeira 5.093, RTJ 164: 919). Com o mesmo entendimento, NADIA DE ARAÚJO. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 265.

<sup>118</sup> Há decisão do Supremo Tribunal Federal indeferindo homologação de sentença anulatória de casamento, proveniente do Chile, calcada em causa de invalidade não existente na ordem brasileira: “Sentença proferida pela Justiça chilena, em 1984, anulatória do matrimônio contraído pela requerente, de nacionalidade chilena, celebrado naquele país, em razão da incompetência do oficial do registro civil, que funcionou no procedimento de habilitação dos nubentes. Impossibilidade de ser deferida a homologação, dado que o Direito brasileiro não admite a anulação do casamento em tal caso” (STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 4.297, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 5.9.1996, DJU 2.5.1997, p. 16559). A título de curiosidade, vale lembrar que as hipóteses de anulação de casamento no Chile sempre foram compreendidas de maneira bastante ampla e flexível, considerando o fato de que, até bem pouco tempo, não se admitia no belo e rico país do Aconcágua e dos Lagos Andinos (talvez fosse o único no mundo, quicá na planeta!) a dissolução de casamento pelo divórcio.

<sup>119</sup> A expressão é utilizada por NADIA DE ARAÚJO. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 266.

<sup>120</sup> Há interessante caso de homologação de decisão estrangeira, na qual se discutia separação judicial e guarda de filhos menores. Veja-se: “É homologável a sentença estrangeira na parte em que decretou a separação dos cônjuges. Ao recorrer, entretanto, desde logo, o requerente à Justiça brasileira, aceitando a guarda da mãe sobre o filho, o requerente praticou ato incompatível com a pretensão de ver homologada a sentença estrangeira nesse ponto e sobre a regulamentação de visitas. Homologação parcial da sentença estrangeira, com exclusão das cláusulas que cuidam da custódia do menor e regulamentam as visitas” (STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 4.333/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 23.11.1994, DJU 15.12.1995, p. 44106).

<sup>121</sup> Anote-se que, diferentemente das regras gerais do processo civil (especialmente do art. 9º do Código de Processo Civil), a simples revelia do réu, ou a sua incapacidade, impõe a nomeação de curador à lide (art. 221, RISTF).

<sup>122</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 266-267.



impede que o interessado renove o pleito posteriormente, preenchendo os pressupostos necessários.<sup>123</sup>

O procedimento também poderá ser utilizado para homologação de decisões cautelares (apesar de, em regra, tais deliberações judiciais não apreciarem o mérito da causa), bem como para os provimentos proferidos em jurisdição voluntária.<sup>124</sup>

Em se tratando de decisão judicial proferida por juízes dos demais países integrantes do Mercosul (como, por exemplo, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai), o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional (apelidado de *Protocolo de Las Leñas*,<sup>125</sup> em homenagem à bela estação de neve e esportes de inverno na Argentina) estabeleceu um procedimento mais célere e simplificado,<sup>126</sup> permitindo que a sentença a ser executada em território brasileiro seja remetida diretamente pela autoridade central da justiça do país de origem, através de simples carta rogatória, para a chancela da nossa Corte Superior. Essa simplificação, contudo, não dispensa o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça.<sup>127</sup>

Importante acrescentar, por oportuno, ser necessária, também, a homologação (*exequatur*) do Superior Tribunal de Justiça para o cumprimento, em nosso território, de cartas rogatórias com diligências deprecadas por autoridade judiciária estrangeira (LINDB, art. 12, § 2º).

Mais. Também se exige o *exequatur* da Corte Superior brasileira para o cumprimento de sentença e laudo arbitral estrangeiro<sup>128</sup> no Brasil, em conformidade com o procedimento previsto nos arts. 34 e seguintes da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem. Frise-se, por relevante: homologa-se o laudo arbitral, sendo desnecessário que tenha sido, antes, homologado judicialmente no país de origem. Até porque, como percebe JULIANA KALICHSZTEIN, exigir, como fez outrora a jurisprudência brasileira, antes do advento da

<sup>123</sup> Em igual senso, também admitindo a renovação do pedido, BEAT WALTER RECHSTEINER. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 220.

<sup>124</sup> Esse pensamento também é de RECHSTEINER. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 215.

<sup>125</sup> Em território argentino e em pleno coração da Cordilheira dos Andes, distante cerca de 1.200 km de Buenos Aires, encontra-se o *Valle de Las Leñas*. Embora voltada, essencialmente, à prática de esqui na neve, a cidade é um complexo de turismo de aventura. Encontra-se localizada a 2.240 metros de altura sobre o nível do mar e o seu cume está a 3.430 metros. Em virtude dessa localização geográfica, o Valle oferece uma temporada de férias longa, se estendendo de junho até outubro, basicamente.

<sup>126</sup> “Com o Protocolo de Las Leñas tornou-se possível, mediante simples carta rogatória, promover a homologação e execução, em nosso país, de sentenças proferidas pelos órgãos judiciários da Argentina, Paraguai e Uruguai. Esse entendimento tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” (STF, Ac. Tribunal Pleno, CR7.613 – Argentina, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.5.1999, DJU 15.6.1999).

<sup>127</sup> No julgamento da Reclamação 717/RS, apreciando o ato pelo qual o juiz da comarca de Santana do Livramento (RS) homologou, com base na simplificação procedimental, decisão oriunda do juiz de Rivera, no Uruguai, afirmou o relator, Min. Celso de Mello, que o Protocolo citado “não teve o condão de afastar a intervenção processual do Presidente do Supremo Tribunal Federal, a cujo juízo de delibação continuam sujeitas as cartas rogatórias passivas expedidas com fundamento no Protocolo de Las Leñas”.

<sup>128</sup> Com propriedade, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, em excelente obra dedicada à arbitragem, destaca ser a *arbitragem internacional* um importante fenômeno da época atual, “de globalização econômica e superação das fronteiras entre os diversos países”, havendo um número imenso de relações jurídicas envolvendo sujeitos ligados a países diferentes, relações estas que geram, obviamente, conflitos de interesses” (*Arbitragem*, op. cit., p. 155).

Lei de Arbitragem, a homologação no país originário importaria “dupla homologação” e transmutaria a natureza do ato homologatório, pois se trataria de homologação “de verdadeira decisão judicial e não mais de laudo arbitral”.<sup>129</sup> O posicionamento atual da nossa jurisprudência é nesse diapasão, entendendo “ser possível a homologação de laudo arbitral estrangeiro, independentemente de prévia chancela do Poder Judiciário do país de origem, nos termos da Lei de Arbitragem, art. 35”.<sup>130,131</sup>

Uma vez homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça, as decisões judiciais alienígenas (bem assim como as cartas rogatórias e as deliberações arbitrais) deverão ser executadas pelos juízes federais de primeira instância, com espeque no art. 109, X, da Constituição Federal.

Importantíssimo registrar que a Lei nº 12.036/09 revogou, expressamente, o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispensava a homologação para as sentenças estrangeiras declaratórias do estado da pessoa. A revogação decorreu da incompatibilidade da citada norma com a legislação vigente, uma vez que, contemporaneamente, toda e qualquer decisão judicial estrangeira, para ser cumprida no território brasileiro, exige o *exequatur* do Superior Tribunal de Justiça, inclusive as declaratórias do estado das pessoas, de acordo com a exigência constitucional, bem como do art. 483 do Código de Processo Civil. Assim, a norma mostrava-se incompatível com o Texto Constitucional por subtrair a competência do Superior Tribunal de Justiça.

Acrescente-se a possibilidade de homologação de decisões estrangeiras prolatadas por órgãos administrativos, porém com força de decisão judicial. Entendeu-se, corretamente, que as decisões administrativas que solucionam conflitos de interesses privados estão encartadas no conceito de sentença, assemelhando-se a um procedimento de jurisdição voluntária.<sup>132</sup> Não é, a toda evidência, o caso dos tribunais eclesiásticos, com base no Direito Canônico, até porque em nosso território as decisões de família são submetidas à jurisdição civil.<sup>133</sup>

Por outro lado, exigida a homologação de decisões judiciais, é intuitivo que títulos executivos extrajudiciais, como letras de câmbio e notas promissórias, não estão submetidos à homologação.

<sup>129</sup> KALICHSZTEIN, Juliana. *Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil*, op. cit., p. 113.

<sup>130</sup> STF, Ac. Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo STF* 150, 20.5.1999.

<sup>131</sup> Vale mencionar o posicionamento divergente, porém minoritário, de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, sustentando ser desnecessária a homologação do laudo arbitral alienígena pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que a análise da regularidade formal e material da sentença arbitral, bem como sua compatibilidade com a ordem jurídica interna, deveria ser realizada pelo próprio juiz da execução. Cf. *Arbitragem*, op. cit., p. 160.

<sup>132</sup> É o caso, bastante comum, das decisões proferidas por autoridades administrativas japonesas, pois, naquele país, a dissolução consensual do casamento (separação ou divórcio) é feita no próprio cartório, independentemente de atuação do Judiciário. Admite o Pretório Excelso: “É homologável no Brasil divórcio por mútuo consentimento que, segundo o sistema jurídico japonês, se registra perante autoridade administrativa, independentemente da manifestação judicial” (STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 2251 – Japão, Rel. Min. Moreira Alves, RT 478: 219). Também a decisão do STF, Ac. Tribunal Pleno, SE 3.363 – China, RTJ 132: 160.

<sup>133</sup> O Supremo Tribunal Federal endossou o entendimento apresentado no julgamento, pelo seu Plenário, da SE2.852-2, em 14.5.1986, tendo como relator o Ministro Djaci Falcão (RT 610: 234).

## 8.4 Prova dos fatos ocorridos no exterior

Em relação aos fatos ocorridos no estrangeiro, rege-se a prova pela lei que vigorar no respectivo país, quanto ao ônus e aos meios, não sendo permitida, de qualquer modo, a utilização de provas que a lei brasileira não admita, nos termos do art. 13 da Lei Introdutória. Quanto ao modo de produção dessa prova, se submetem à lei do local onde está sendo realizada, sob pena de martirizar princípios processuais.

Nesse passo, o art. 332 do Código de Processo Civil permite a utilização de todos os meios de prova<sup>134</sup> legais e moralmente legítimos. Advirta-se, no entanto, que a Constituição da República, no art. 5º, LVI, veda a utilização das provas ilícitas, estabelecendo limites para a regra acima mencionada.<sup>135</sup>

É oportuno fazer referência à inaplicabilidade da Lei nº 9.296/96 – Lei de Interceptações Telefônicas –, que permite e regulamenta a interceptação telefônica para fins de investigação criminal, no âmbito civil, somente sendo possível, por expressa previsão legal, a sua utilização no processo penal, seja na fase policial ou judicial. A norma legal, sem dúvida, é contestável, afinal existem, em sede civil, situações que podem justificar a interceptação telefônica, em respeito e homenagem à dignidade da pessoa humana. Um bom exemplo seria a interceptação para fins de garantia do pagamento de pensão alimentícia a um filho menor. Evidentemente, somente é justificável a interceptação telefônica quando o bem jurídico a ser protegido superar, valorativamente, a privacidade do titular. Entendemos, pois, que a regra tem de ser a inadmissibilidade de interceptações telefônicas, em face das garantias constitucionais.<sup>136</sup> Porém, excepcionalmente, quando necessária a preservação de um bem jurídico de maior realce, em respeito à dignidade humana (valor maior da ordem jurídica pátria), é possível permitir a interceptação, a partir da ponderação dos interesses concretamente colidentes. Com esse espírito, há um interessante *decisum* do Tribunal de Justiça gaúcho, tão bem aplicável ao caso, por louvar-se da mesma linha de argumentação:

“Execução de alimentos. Interceptação telefônica do devedor de alimentos. Cabimento. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, *mostra-se cabível a interceptação telefônica*

<sup>134</sup> Retratando essa regra, confira-se o seguinte aresto: “Admite-se qualquer meio de prova para o convencimento do juiz, seja aquela direta ou circunstancial, presunções fundadas em indícios e conjecturas, para chegar-se à certeza relativa da paternidade” (TJ/MG, *Jurisprudência Mineira* 73: 52). Também com esse pensar, as decisões contidas em RT 541: 115 e *Jurisprudência Catarinense* 28: 219.

<sup>135</sup> O Supremo Tribunal Federal vem admitindo, apenas em sede penal, a prova ilícita, desde que em favor do réu. Em sede civil, no entanto, não admite a jurisprudência a utilização da prova ilícita em nenhuma hipótese. Em sede doutrinária, vem sendo admitida a prova ilícita com base na teoria do *interesse preponderante*, em certas hipóteses, quando o interesse em disputa justificar o seu uso, como nas ações que versem sobre interesses difusos e coletivos e sobre direitos indisponíveis. Nesse sentido: NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, op. cit., p. 832.

<sup>136</sup> Por isso, afirmou o Tribunal de Justiça do Paraná: “Separação judicial. Fita magnética de conversação telefônica. Prova obtida clandestinamente. Produção inadmissível no processo judicial. Evidenciando que a prova consubstanciada em fita magnética de conversação telefônica fora obtida clandestinamente, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores, inadmissível se torna a sua utilização no processo judicial” (TJ/PR, Ac. 3ª Câm. Cív., Agr. Instr. 14.407-8, Rel. Des. Silva Wolf, j. 16.4.1991, RT 687: 138).

*do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido”*

(TJ/RS, Ac. Unân., 7ª Câm. Cív., Agr. Instr. 70018683508 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.3.2007).

## 8.5 O Direito das Famílias e a sua aplicação no espaço (Direito Internacional das Famílias)

Alguns institutos do Direito das Famílias são vocacionados a ensejar repercussões diversas no plano internacional, como o casamento e o divórcio. Especialmente nos tempos atuais, em que a comunicação globalizada, típica de uma sociedade aberta, plural e multifacetada, facilita o conhecimento entre as pessoas.

Pois bem, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a lei do domicílio como elemento de conexão para nortear as questões de família (Lei Introdutória, art. 7º). Com isso, submete-se à lei nacional o estrangeiro aqui domiciliado, sendo irrelevante a sua nacionalidade. Identicamente, o brasileiro domiciliado no exterior será regido, em suas relações familiares, pela lei do lugar de seu domicílio.<sup>137</sup> Em linha com o disposto, a Corte de Justiça paulista já autorizou a um dos cônjuges acrescentar o sobrenome do outro, em matrimônio celebrado no Japão, onde a lei impede tal adição, considerando que a lei brasileira deveria reger a hipótese, em se tratando do domicílio dos consortes.<sup>138</sup>

O casamento realizado no território nacional deve atender às regras do Código Civil quanto às formalidades na celebração (arts. 1.533 a 1.542) e aos impedimentos (estes elencados no art. 1.521). A partir dessas noções, nota-se que o nubente divorciado, que pretenda novas núpcias, precisa comprovar o desimpedimento. Se o divórcio, contudo, foi decretado no exterior, há a necessidade de prévia homologação da sentença, pelo Superior Tribunal de Justiça, como pressuposto da habilitação para o casamento.

De outra banda, o casamento de brasileiro (ainda que domiciliado no exterior), com consorte brasileiro ou estrangeiro, celebrado fora do território nacional, por autoridade estrangeira, tem de ser aqui registrado (LRP, art. 32, § 1º) para ter eficácia entre nós. Trata-se de exceção ao princípio da lei do domicílio (Lei Introdutória, art. 7º), prestigiando-se, nesse caso, o critério da nacionalidade como norma de regência. O Código

<sup>137</sup> É o que sustenta NADIA DE ARAÚJO. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 358.

<sup>138</sup> “Retificação de registro. Casamento realizado no Japão. Possibilidade de acréscimo do nome do marido ao da esposa vedado no sistema nipônico. Pretensão formulada conforme lei nacional brasileira. Possibilidade. Conflito de normas no espaço e direito internacional privado. Exceção à regra *locus regit actum* em razão da cláusula geral de ordem pública. Direito ao nome regulado pela lei civil substantiva. Princípio da unidade e integridade da família preservados. Analogia ao direito do filho ao nome paterno. Uso e costume decorrente da *affectio* e identidade familiar. Averbção determinada junto à transcrição procedida junto ao Consulado brasileiro. Pedido procedente” (TJ/SP, Ac. Unân., 6ª Câm. Direito Privado, Ap. Cív. 47.444.4 – Comarca de Itapetininga, Rel. Des. Munhoz Soares, j. 6.8.1998).

Civil, em seu comando 1.544, estabelece o prazo de 180 dias, contados do retorno de um dos cônjuges brasileiros, para que se realize o referido registro, no Cartório do Registro Civil do 1º Ofício de onde fixar domicílio (ou de onde estava domiciliado).

Merece registro o chamado *casamento consular* celebrado no Brasil (Lei Introdutória, art. 7º, § 2º),<sup>139</sup> que é celebrado perante a autoridade diplomática ou consular do país de *ambos* os noivos (que devem ter a mesma nacionalidade necessariamente) e produzirá efeitos regulares em nosso país. Muito embora seja dispensado o registro do ato matrimonial consular no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, exige-se o atendimento da regra que norteia a validade dos documentos estrangeiros em geral (LRP, art. 129, § 6º) para produzir regulares efeitos em território nacional.

Permite-se, por igual, reciprocamente, a celebração do casamento entre *nubentes brasileiros*, que estejam no exterior, perante autoridades consulares brasileiras (Lei Introdutória, art. 18). A hipótese é de ato notarial nacional, sendo perfeitamente válido no território nacional.

Quanto à dissolução do casamento pelo divórcio, algumas situações merecem vir à baila.

*Primus*, se, apesar de o matrimônio ter sido celebrado no exterior, houve o seu regular registro no Brasil e o casal aqui estiver domiciliado, compete à Justiça brasileira processar e julgar a ação dissolutória, de acordo com as regras do Código Civil e da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio (que permanece em vigor no que concerne aos dispositivos de índole processual).

*Secundus*, considerando que o divórcio tenha sido decretado por autoridade judiciária estrangeira, exige-se homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, concedendo o *exequatur*, para que possa produzir regulares efeitos no território brasileiro, em conformidade com o procedimento visto alhures. Nessa hipótese de homologação de sentença estrangeira de divórcio, registre-se nada impedir a partilha dos bens eventualmente situados no Brasil, de propriedade do casal, realizada pelo juiz estrangeiro, também homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Em tal caso, não ocorrerá qualquer violação ao comando do art. 89, II, do Código de Processo Civil, que estabelece a competência exclusiva da Justiça Brasileira para promover a partilha de bens situados no país. É que a referida norma processual alude à competência exclusiva da Justiça brasileira para promover a partilha dos bens situados no Brasil, transmitidos pela morte do titular (*mortis causa*), não abrangendo a partilha de bens decorrentes do término da relação afetiva.<sup>140</sup>

Outra situação merecedora de referência é o divórcio decretado por juiz estrangeiro. Como o ordenamento jurídico brasileiro não mais exige prazo para o divórcio (Emenda Constitucional nº 66/10), deve ser deferida a homologação da sentença estrangeira de divórcio, independentemente de qualquer prazo. É dizer, independentemente de

<sup>139</sup> Art. 7º, § 2º, Lei Introdutória: “O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”.

<sup>140</sup> Esse entendimento foi sufragado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como denota o acórdão proferido no julgamento, pelo Tribunal Pleno, da Sentença Estrangeira – SE 4512 – Suíça, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 21.10.1994, DJU 2.12.1994, p. 33198.

qualquer prazo, a sentença estrangeira de divórcio pode ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo produzir efeitos no território nacional.

Bem por isso, o § 6º do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação emprestada pela Lei nº 12.036/09, esclareceu que “o divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais”.

Para além disso, observe-se que os §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Introdutória autorizam as autoridades consulares brasileiras no exterior a celebrar escritura pública de separação e de divórcio consensuais quando a dissolução do casamento for consensual (sem litígio entre os interessados), não houve interesse de incapaz e desde que as partes estejam devidamente assistidas por advogado. A hipótese é, de fato, justificável, uma vez que o sistema jurídico permite a dissolução consensual de casamento no Brasil, perante o tabelião, em idênticas circunstâncias. Ora, considerando que os cônsules exercem função notarial, nada mais razoável do que lhes permitir a lavratura de escrituras públicas de dissolução consensual de casamento. Até porque se podem celebrar o casamento, nada mais natural do que poderem celebrar a eventual dissolução consensual. Estranho, apenas, o fato de ter o aludido dispositivo se referido à “separação” – instituto que foi eliminado do sistema jurídico pela Emenda Constitucional nº 66/10.

# III

## A PERSONALIDADE JURÍDICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

### SUMÁRIO

1 A dignidade da pessoa humana como valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. 2 A pessoa. 2.1 Generalidades. 2.2 Espécies de pessoas. 3 A personalidade jurídica. 4 Os direitos da personalidade. 4.1 Breve esboço histórico. 4.2 Noções conceituais: das velhas definições ao dogma fundamental do direito civil-constitucional. 4.3 Fontes. 4.4 Características. 4.5 As liberdades públicas e os direitos da personalidade. 4.6 A possibilidade de colisão entre os direitos da personalidade e a *liberdade de imprensa* ou a *liberdade de expressão* e o critério de solução adequado (inadmissibilidade do *hate speech*). 4.7 A liberdade de expressão, os direitos da personalidade e as biografias não autorizadas. 4.8 O direito (da personalidade) ao esquecimento e a liberdade de imprensa. 4.9 A proteção dos direitos da personalidade e a insuficiência dos argumentos clássicos: a tutela avançada (preventiva e repressiva) dos direitos da personalidade. 4.10 A proteção da personalidade da pessoa morta e os lesados indiretos. 4.11 Classificação dos direitos da personalidade. 4.11.1 Noções gerais. 4.11.2 Cláusula geral de proteção da personalidade: o direito à vida (digna) como pressuposto dos direitos da personalidade. 4.11.3 Direito à integridade física. 4.11.4 Direito à integridade psíquica (moral). 4.11.5 Direito à integridade intelectual. 5 O nome civil. 5.1 Noções conceituais e características. 5.2 Elementos componentes do nome civil. 5.3 O princípio da inalterabilidade relativa e as hipóteses de alteração do nome civil. 5.4 Hipóteses controvertidas de mudança do nome civil. 5.5 O nome comercial. 5.6 A tutela jurídica do nome civil.



*“Cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é...”*

*(Dom de iludir, de CAETANO VELOSO)*

# 1

## A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em que pese ser da tradição dos clássicos (e importantes) “manuais” de Direito Civil, na literatura jurídica brasileira, introduzir o estudo do capítulo pertinente à personalidade jurídica com os conceitos fundamentais de pessoa e de personalidade jurídica, encarecemos vênia ao leitor para tecer relevantes considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sem o qual a análise da teoria da personalidade e dos efeitos dela decorrentes tornar-se-ia vazia, caindo em verdadeiro marasmo formalista, despedido de significado concreto.

É que se apresenta imperiosa a projeção da personalidade humana em seus aspectos verdadeiros, a partir das múltiplas e variadas atividades desenvolvidas modernamente pelo ser humano em nossa sociedade – aberta, plural e multifacetada.

E o viés que permitirá a unificação da personalidade jurídica ao derredor de uma ideia central é exatamente o princípio maior, constitucionalmente afirmado: a *dignidade da pessoa humana*. Por isso, impende lembrar, nesse ponto, que o Direito Civil não pode, de forma alguma, distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se a estrita obediência às premissas fundamentais postas na Lei Fundamental, pois consistem nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira.

Nessa trilha de raciocínio, repita-se à saciedade que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988, é a *dignidade humana*, vinculando o conteúdo das regras acerca da personalidade jurídica. Assim, como consectário, impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.

Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade.

Com GUSTAVO TEPEDINO, “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 48. ELIMAR SZANIAWSKI, a outro giro, denomina a dignidade humana com a expressão *direito-mãe*, por ser a fonte de inúmeros outros direitos, que se unem para a tutela avançada da personalidade jurídica. Cf. *Direitos de personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 61.

Também a Constituição alemã trilha a mesma senda. Veja-se, a propósito, a redação do art. 1º da Lei Fundamental tedesca: “a dignidade do homem é inviolável”.

Importante frisar que a dignidade humana não é criação da ordem constitucional, muito embora seja por ela tutelada. Note-se que a Constituição da República atribuiu-lhe “o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”, como percebe MARIA CELINA BODIN DE MORAES,<sup>2</sup> passando o referido valor a permear todas as relações jurídicas entabuladas em nosso país.

A *dignidade da pessoa humana*, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consecutórios naturais: (i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; (ii) a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e (iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.<sup>3</sup>

Enfim, é o valor máximo da ordem jurídica brasileira. É o centro de gravidade ao redor do qual se posicionaram todas as normas jurídicas. Uma espécie de *Aleph*, imaginado pela pena sensível de JORGE LUÍS BORGES: um lugar onde tudo (o grande universo e suas muitas coisas) converge ao mesmo tempo e em um só ponto, fluindo e confluindo.<sup>4</sup>

Dessas ideias, exsurge lícita a conclusão de que o ordenamento jurídico não mais assegura, apenas, o direito à vida, mas, necessariamente, reconhece e tutela o direito a uma *vida digna*.<sup>5</sup>

Aliás, sobreleva sublinhar que a dignidade da pessoa humana, enquanto o valor jurídico máximo do sistema, traz consigo, naturalmente, uma dupla face: de um lado, tem uma eficácia positiva e, de outra banda, uma eficácia negativa. A eficácia positiva serve para vincular todo o tecido normativo infraconstitucional à afirmação da dignidade. Ou seja, são impostas obrigações ao Estado e aos particulares para a afirmação da

<sup>2</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 83.

<sup>3</sup> Com esse pensar, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. “A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, op. cit., p. 3-24.

<sup>4</sup> Fazendo múltiplas referências à obra de JORGE LUÍS BORGES e ao *Aleph*, como esse grande ponto imaginário de confluência, vide a obra *O cantor de tango*, do romancista portenho TOMÁS ELOY MARTINEZ. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. O protagonista do livro é um doutorando nova-iorquino que pesquisa as origens do tango, segundo JORGE LUIS BORGES. No início do século, o acadêmico toma conhecimento da existência de um cantor argentino à moda antiga, capaz de reviver o espírito original do gênero portenho. Como, no entanto, não há gravações dessa voz milagrosa, decide viajar a Buenos Aires apenas para ouvi-la. O livro é um registro da busca desse cantor dos cantores, que se vai revelando muito mais difícil, perturbadora e apaixonante do que seu protagonista pode num primeiro momento suspeitar. As peripécias do protagonista na pista do cantor vão oferecendo uma visão estranhada da Buenos Aires de hoje e servindo de vetor para uma série de narrações, fragmentos da memória da cidade, desde suas duas conflituosas fundações até os horrores da ditadura, passando por um rosário de pequenas e grandes tragédias. Uma viagem insólita por uma Buenos Aires não conhecida, uma cidade-esfinge tão bela e, paradoxalmente, desconhecida.

<sup>5</sup> GLÁUCIA CORREA RETAMOZO BARCELOS ALVES, em texto dedicado à análise do tema e com aguçada sensibilidade, proclama que “a dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens. KANT o disse de maneira maravilhosamente simples: nenhum homem pode ser, para outro, apenas meio; cada homem é um fim em si mesmo” (“Sobre a dignidade da pessoa”, op. cit., p. 228).

dignidade. A outro giro, a sua eficácia negativa serve como restrição, ao Poder Público e às pessoas como um todo, ao exercício de determinados direitos.

Bem por isso, o sistema jurídico de proteção da personalidade jurídica precisa estar antenado nesse objetivo constitucional de garantir a todos uma vida digna, através das suas eficácias positiva e negativa.

Feliz, assim, a colocação de RAFAEL GARCIA RODRIGUES no sentido de que “na experiência brasileira, a Constituição Federal é um marco, pois ancorou como fundamento da República a prioridade à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), de forma a orientar toda atividade legislativa, estatal ou privada à consecução do projeto de realização do indivíduo como interesse superior e primeiro. Logo, toda a *normativa civil deve não apenas ocupar-se do momento patológico do dano em indenização (responsabilidade civil), mas orientar-se no sentido de dirigir a atividade privada à concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana*”.<sup>6</sup>

Assim, o reconhecimento da fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos, que devem, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.

“A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”, como consignou o Tribunal Constitucional da Espanha.<sup>7</sup>

A nossa jurisprudência, inclusive, já vem dando aplicação concreta ao princípio da dignidade da pessoa humana, buscando interpretar as normas à luz deste basilar preceito. Veja-se ilustrativamente:

“A questão habitacional é um problema que possui âmbito nacional, e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser assumida pelos vários segmentos da sociedade, em mútua colaboração na busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88)” (STJ, REsp. 21.342-2/BA, Rel. Min. José Delgado).

E mais este importante *decisum*:

“A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não

<sup>6</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, op. cit., p. 33.

<sup>7</sup> Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, op. cit., p. 42.

se sustenta somente no Texto Constitucional ou no CDC, mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado”

(TA/MG, Ac. Unân., 4ª Câm. Cív., Ap. Cív. 264003-9 – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Juíza Maria Elza, DJ/MG 12.5.1999).

Exaurindo as inúmeras vertentes que decorrem da matéria, INGO WOLFGANG SARLET estabelece que dignidade da pessoa humana é a “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.<sup>8</sup>

Dignidade da pessoa humana, nessa ordem de ideias, expressa uma gama de valores humanizadores e civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares.

Equivale a dizer: todas as normas jurídicas do Direito Civil (e, é claro, dos demais ramos da ciência jurídica) relativas à personalidade jurídica têm de estar vocacionadas à dignidade do homem.

É preciso, pois, *efetivar* no caso concreto, no cotidiano jurídico, a afirmação da dignidade humana, como postulado básico da ordem jurídica. Equivale a dizer: impende exigir, contemporaneamente, que a legalidade constitucional permeie todo o tecido normativo do Direito Civil. Ou seja, é preciso funcionalizar os institutos privados aos valores constitucionais.

Com esse espírito, aliás, o Pretório Excelso, julgando um *habeas corpus* impetrado em favor do gerente de uma entidade bancária estatal, buscou dar efetividade à dignidade humana. O caso dizia respeito à determinação de uma penhora sobre conta-corrente de um cliente do banco, vindo o gerente a promover o bloqueio do valor constante no mandado. Todavia, entendendo o Oficial de Justiça que a penhora deveria recair em metade do valor disponível na conta, deu ordem de prisão em flagrante ao gerente. O Ministro GILMAR MENDES, relator do *habeas corpus*, realçou que a *desproporcionalidade* entre a ordem de prisão e a conduta do gerente tornou-se ainda mais gritante quando considerado o postulado essencial da dignidade humana. Acrescentou que o princípio da dignidade da pessoa humana proíbe “o uso ou a transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais, pois seria dever estatal respeitar e proteger o indivíduo contra diversos tipos de ofensas e humilhações” (STF, Ac. Unân., 2ª T., HC 82.969/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 4.10.2003).

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, op. cit., p. 60.

Surge, pois, em razão dessa nova perspectiva jurídica proporcionada pela *Lex Mater*, um conceito contemporâneo de personalidade jurídica, desenhada a partir de um “*mínimo ético*” e de um “*mínimo existencial*”, que não podem ser violados nem pelo Poder Público, nem pelos demais membros da sociedade privada.<sup>9</sup> Portanto, a personalidade jurídica não mais pode estar represada na ideia pura e simples de aptidão para ser sujeito de direito. Muito mais do que isso, a personalidade jurídica, antenada no valor máximo da dignidade humana, diz respeito ao reconhecimento de um mínimo de garantias e de direitos fundamentais, reconhecidos à pessoa para que possa viver dignamente.

Vale registrar, inclusive, que, fulcrada nessa perspectiva de garantir o *mínimo existencial*, foi editada a Lei nº 11.346/06, que reconhece como um verdadeiro direito fundamental do ser humano a alimentação adequada (art. 2º), impondo-se, de um lado, ao Poder Público a adoção de providências cabíveis (ações afirmativas) para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população e, de outra banda, ao particular que preste alimentos a alguém a obrigação de fazê-lo adequadamente. Em outras palavras: as latitudes e longitudes do direito à vida digna garantem não apenas o direito a se alimentar, mas o direito de se alimentar adequadamente e com segurança.

Em quadro conclusivo, é lícito verberar que o reconhecimento da fundamentalidade da *dignidade da pessoa humana* produz como consectário lógico a reapreciação (em outras palavras, uma revisita) dos velhos institutos (e dogmas) civilísticos, dentre os quais, a personalidade jurídica, a autonomia da vontade, o patrimônio, o contrato, a propriedade e a família.<sup>10</sup>

Avulta, assim, um novo comportamento nos juristas (normalmente refratários a mudanças), garantindo a utilidade social da ciência jurídica. Até porque, como bem adverte DANIEL SARMENTO, “a realização concreta do valor da pessoa humana não depende só do Direito. *Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de uma ética altruísta, voltada para ‘o outro’*”.<sup>11</sup>

Talvez seja exatamente por isso que LUÍS ROBERTO BARROSO, representante do novo constitucionalismo democrático brasileiro, vaticine que a efetividade dos valores constitucionais resulta na “volta aos valores, na reaproximação entre ética e Direito”,<sup>12</sup> deixando antever a necessidade premente de uma nova perspectiva e compromisso do profissional da ciência jurídica.

O Direito Civil, assim, assume importantíssimo papel na promoção da valorização da pessoa humana e, conseqüentemente, na construção de uma sociedade mais solidária e justa, o que passa pela compreensão correta do alcance da personalidade jurídica e dos fundamentais direitos da personalidade, conectados à legalidade constitucional, em especial à afirmação da dignidade da pessoa humana.

<sup>9</sup> Sobre o assunto, com referências à obra de HANS WELZEL, consulte-se MARCOS DE CAMPOS LUDWIG. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro”, op. cit., p. 287.

<sup>10</sup> Vale aqui a referência ao estudo de ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA. “Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito Civil”, op. cit., p. 261.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, op. cit., p. 379.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro”, op. cit., p. 28.

## 2 A PESSOA

### 2.1 Generalidades

É certo afirmar que *pessoa* é todo aquele sujeito de direitos. É, enfim, aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do Direito, podendo se apresentar como sujeito ativo ou como sujeito passivo, além de reclamar um mínimo de proteção necessária ao desempenho de suas atividades.

Em um primeiro raciocínio, poder-se-ia afirmar que pessoa é toda criatura humana.<sup>13</sup> Todavia, essa ideia não é completa por excluir os entes morais (pessoas jurídicas), a quem a lei, também, atribui personalidade para praticar atos da vida civil.

Ou seja, o vocábulo *pessoa* comporta diferentes signos. Tem um significado vulgar – reportando-se ao ser humano – e outro jurídico, mais amplo, agasalhando, além das pessoas humanas, também as pessoas jurídicas. No ponto, é relevante apresentar uma advertência: o conceito *jurídico de pessoa* não se confunde com a sua conceituação *antropológica, filosófica, biológica, psicológica...* A ciência jurídica parte de uma premissa distinta, estabelecendo como ponto fundante o referencial de que a pessoa é o *sujeito de direito*, aquele que pode titularizar relações jurídicas.

Assim, afigura-se mais completa a ideia de que pessoa é todo e qualquer “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações. Sinônimo de sujeito de direitos”,<sup>14</sup> como salienta MARIA HELENA DINIZ.

Nessa linha de inteligência, chega-se à conclusão de que pessoa é o ente capaz de exercer direitos e submeter-se a deveres, na órbita da ciência do Direito. Ou seja, é aquele que poderá se apresentar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica.

Não se pode ignorar, contudo, que, singrando os mares da constitucionalização do Direito Civil, é de se reconhecer que ser pessoa não pode significar, tão somente, a possibilidade de titularizar relações jurídicas. É preciso lembrar que a pessoa tem uma existência (que deve ser digna). Bem por isso, ser pessoa significa, em concreto, poder ser sujeito das inúmeras relações jurídicas, sempre dispondo de uma proteção básica e elementar, tendendo a promover a sua inexorável dignidade.

Pessoa, enfim, é o *sujeito das relações jurídicas* que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade).

<sup>13</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO percebe a origem do vocábulo *pessoa* na locução latina *persona*, oriunda da linguagem teatral, designando máscara e, em seguida, o papel, a atuação do ator. Daí concluir pela existência de três acepções da palavra: (a) uma *vulgar*, sinônimo de ser humano; (b) outra *filosófica*, designando o ente dotado de razão, realizando um fim consciente; (c) e, finalmente, uma *acepção jurídica*, designando o ente físico ou moral, susceptível de direitos e obrigações, sendo este último o conceito que interessa ao Direito. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 56.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 115.



## 2.2 Espécies de pessoas

Invocando, uma vez mais, as sábias palavras de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “duas são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a *pessoa natural*, também chamada de física (o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano), e a *pessoa jurídica*, igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum)”.<sup>15</sup>

Desse modo, sobreleva afirmar o conceito de pessoa – enquanto sujeito de direito – abrangendo, a um só tempo, as *pessoas naturais* (também chamadas de *pessoas físicas*) e as *pessoas jurídicas* (também ditas *pessoas coletivas*), ambas podendo titularizar relações jurídicas, como sujeito ativo ou passivo, bem como tendo reconhecida uma proteção fundamental, consistente nos direitos da personalidade. E titularidade de um direito é, na visão sempre percuciente de FRANCISCO AMARAL, “a união do sujeito com esse direito”, uma vez que “não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular”.<sup>16</sup>

Pessoa natural e pessoa jurídica são, portanto, as duas diferentes espécies de pessoas – isto é, de potenciais sujeitos de direito, a quem se reconhece uma proteção fundamental.

De um lado, é fácil perceber que a *pessoa natural* (ou *pessoa física*) é o ente provido de estrutura biopsicológica, trazendo consigo uma complexa estrutura humana, composta de corpo, alma e intelecto. É, enfim, o ser humano nascido com vida. É a pessoa humana, criada à imagem e semelhança do Criador, como lembra o trecho bíblico. Veja-se, inclusive, não mais ser possível afirmar que a pessoa natural seria um ser necessariamente criado de modo biológico, em razão dos mecanismos científicos de concepção humana artificial, atualmente existentes, como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial.

Aliás, convém sublinhar que a compreensão da pessoa humana está indissociavelmente unida tanto à dimensão individual, quanto à dimensão social do ser humano. Impossível a análise da personalidade jurídica humana suprimindo qualquer dessas dimensões do ser. Bem oportuna, a propósito, a lembrança da narrativa literária de MACHADO DE ASSIS, através do personagem Jacobina, na sua clássica obra *O espelho*,<sup>17</sup> esclarecendo que “cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro [...]; as duas completam o homem, que é, metafisicamente falando, uma laranja. Quem perde uma das metades perde

<sup>15</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 57.

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 218.

<sup>17</sup> Em *O Espelho*, inicialmente publicado na forma de um conto, na *Gazeta de Notícias*, em 1882, MACHADO DE ASSIS demonstra o seu amadurecimento literário e a fina sensibilidade em relação à pessoa humana. Na obra, o imortal escritor esboça uma nova teoria da alma humana, subtítulo conferido ao texto, a partir de um estudo sobre o espírito contraditório do homem, simbolizado por um espelho. Trata-se de inteligente metáfora sobre a alma humana à luz do espelho, problematizando o dualismo entre a alma exterior e a interior, demonstrando as contradições humanas, entre o consciente e o inconsciente. Com a sua genialidade, o autor lança, então, uma insinuação de que o ser humano está dividido entre duas “almas”: uma alma interna, que “olha de dentro para fora”, transmitindo seus anseios particulares e valorizando sua consciência individual; e uma alma externa, que “olha de fora para dentro”, composta de valores alheios ao indivíduo, mas presentes em sua formação.

naturalmente metade da existência; e casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a da existência inteira”.<sup>18</sup>

A outro giro, a *pessoa jurídica* é a entidade formada pela soma de esforços de pessoas naturais ou por uma destinação específica de patrimônio, visando, numa hipótese ou na outra, a consecução de uma finalidade específica e constituída na forma da lei. Em outras palavras, é um ente formado pelo conjunto de pessoas naturais ou por um acervo patrimonial afetado para uma finalidade, ganhando personalidade jurídica e patrimônio próprios, autônomos, distintos de seus instituidores.

A toda e qualquer pessoa, vale frisar, é reconhecida a potencialidade de ser sujeito de direitos e, além disso, uma proteção básica e fundamental, materializada em direitos elementares compatíveis com a sua estrutura.

### 3 A PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa, enquanto sujeito de direito, prende-se, atrela-se, inexoravelmente, à ideia de personalidade.

É que, sob o ponto de vista da ciência jurídica – afastadas as indagações de ordem filosófica, biológica, antropológica... –, o estudo das pessoas desperta o interesse jurídico pelo fato de ser titular de personalidade jurídica e, por igual, de direitos da personalidade.

Com isso, não é difícil perceber que a noção de personalidade jurídica é o cerne, a base, que sustenta, juridicamente, todas as pessoas, garantindo-lhes um mínimo de proteção fundamental.

É bem verdade que, historicamente, a personalidade jurídica foi compreendida, tão somente, como uma *aptidão genérica reconhecida a toda e qualquer pessoa para que possa titularizar relações jurídicas*. Ou seja, a personalidade jurídica sempre foi vista apenas como um atributo genérico reconhecido a uma pessoa para que viesse a ser admitida como um sujeito de direitos.

Todavia, não se pode olvidar que determinadas entidades ou grupos não personalizados (isto é, desprovidas de personalidade jurídica, existindo, apenas, pelo prisma fático), como, por exemplo, o condomínio edilício, a sociedade de fato ou a massa falida, podem titularizar diversas relações jurídicas, mesmo não possuindo personalidade. Veja-se, ilustrativamente, que um condomínio edilício, no plano concreto, trava inúmeras relações jurídicas, atuando como contratante, como empregador, como parte no processo e como contribuinte, dentre outras várias hipóteses. Ou seja, mesmo não dispondo de personalidade jurídica (que não lhes foi reconhecida pelo sistema jurídico), os entes despersonalizados podem ser sujeitos de direitos, titularizando, no polo ativo ou

<sup>18</sup> A referência também é compartilhada por MARCOS DE CAMPOS LUDWIG. “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro”, op. cit., p. 271.

passivo, incontáveis relações jurídicas. Dessa forma, não se pode, efetivamente, atrelar a personalidade jurídica, simplesmente, à possibilidade de titularizar relações jurídicas. Não se pode, enfim, represar a ideia de personalidade jurídica, tão somente, na potencialidade de ser sujeito de direitos, afinal é possível sê-lo, independentemente dela.

Evidencia-se, pois, que a personalidade jurídica não pode estar aprisionada no conceito simplório de sujeito de direito. Há de ser mais do que isso.

De maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova ideia de personalidade jurídica. Com esteio em avançada visão civil-constitucional, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e *reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade*.

A personalidade jurídica é, assim, muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna.

Em necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota, destarte, na possibilidade de alguém (o titular) ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>19</sup>

Na lição de GUSTAVO TEPEDINO, promovendo a adequação da ordem civil ao novo colorido emanado da *Lex Legum*, “em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como *valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade*”.<sup>20</sup>

Ora, a nova tábua axiomática preconizada pelo Texto Constitucional, ancorada na afirmação da *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana* como valores supremos, confere novo conteúdo à legislação infraconstitucional, impondo uma nova compreensão da personalidade como lastro fundamental, esteio cimentado, da ordem jurídica, de modo a afirmar a primazia da pessoa humana.

Consoante a lição de MARIA HELENA DINIZ, apoiada em GOFFREDO DA SILVA TELES, “a personalidade consiste no conjunto de caracteres da própria pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é

<sup>19</sup> Nesse sentido, RAFAEL GARCIA RODRIGUES sustenta, com acerto, ser imperativa uma “mudança dos paradigmas, a revisão de todas as categorias e conceitos jurídicos, a necessidade de forjar um novo direito civil, já não mais afeto exclusivamente às situações patrimoniais: o indivíduo, o ser humano é necessário afirmar como o centro referencial do ordenamento” (“A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, op. cit., p. 2.

<sup>20</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 47.

objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é”.<sup>21</sup>

Já é, aliás, o que deflui da simples leitura do art. 1º da Lei Civil, proclamando que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Cuida-se de uma aptidão genericamente reconhecida: toda pessoa é dotada de personalidade. É a possibilidade de ser titular de relações jurídicas e de reclamar o exercício da *cidadania*, garantida constitucionalmente, que será implementada (dentre outras maneiras) através dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, a personalidade é parte integrante da pessoa. É uma parte juridicamente intrínseca, permitindo que o titular venha a adquirir, exercer, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses. Buscando inspiração em FRANCISCO AMARAL, “a personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito”.<sup>22</sup>

A personalidade jurídica, assim, é o conceito básico, elementar, do Direito Civil, estendendo-se a todas as pessoas, devendo ser vislumbrada na textura constitucional, servindo como valor máximo da ordem jurídica.

Enfim, além de servir como fonte de afirmação da aptidão genérica para titularizar relações jurídicas, a personalidade civil traduz o valor maior do ordenamento jurídico, servindo como órbita ao redor da qual gravitará toda a legislação infraconstitucional. É valor ético, oriundo dos matizes constitucionais, especialmente a *dignidade da pessoa humana*.

Afirma-se, pois, “que a personalidade não se resume à possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, ou seja, ao conceito abstrato de pessoa próprio do ideário oitocentista, importando o reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência”, no dizer de RAFAEL GARCIA RODRIGUES.<sup>23</sup>

Conexo ao conceito de *personalidade*, porém sem que com ele se confunda, exsurge a ideia de *capacidade*. É que enquanto a *personalidade* tem alcance generalizante, dizendo respeito a um valor jurídico reconhecido a todos os seres humanos (e elástico para alcançar também agrupamentos de pessoas), dizendo respeito a um valor jurídico reconhecido a todas as pessoas, a *capacidade jurídica* concerne à possibilidade de aqueles que são dotados de personalidade serem sujeitos de direito de relações patrimoniais.

Em síntese apertada, porém completa: enquanto que a personalidade *tende ao exercício das relações existenciais*, a capacidade diz respeito ao *exercício de relações patrimoniais*. Exemplificando, ter personalidade é titularizar os direitos da personalidade, enquanto ter capacidade é poder concretizar relações obrigacionais, como o crédito e o débito.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 81. Mantendo o mesmo raciocínio e com a sua visão simbólica, disparava SAN TIAGO DANTAS ser a personalidade jurídica uma “*ossatura destinada a ser revestida de direitos*”. Cf. *Programa de Direito Civil*, op. cit., p. 192.

<sup>22</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 220.

<sup>23</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, op. cit., p. 3.

Nesse diapasão, exemplificando, uma criança ou adolescente tem personalidade (e, por conseguinte, direito a uma vida digna), mas não tem capacidade. Em sendo assim, poderá manifestar a sua vontade em relação à sua adoção por um terceiro, por exemplo, mas não lhe é reconhecido o direito de celebrar um contrato de doação ou de arrendamento. Ou seja, relações existenciais podem ser titularizadas por quem tem personalidade, mesmo que não tenha plena capacidade.

## 4 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

### 4.1 Breve esboço histórico

Os direitos da personalidade constituem construção jurídica relativamente recente, fruto do cuidado da doutrina germânica e francesa, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.<sup>24</sup>

Historicamente, o Direito Romano não cuidou dos direitos da personalidade nos moldes que são concebidos hodiernamente, apenas contemplando a chamada *actio iniuriarum*, a ação contra a injúria, que foi elasticada para abranger qualquer atentado contra a pessoa.<sup>25</sup>

Também os gregos não estruturaram uma categoria jurídica específica para tutelar a personalidade. Existia, tão somente, uma ação denominada *dike kakegoric*, tendendo à punição de quem violava algum interesse físico ou moral.

Com o Cristianismo e a pregação de uma fraternidade universal, tem início um despertar para a proteção da personalidade humana.

A Carta Magna inglesa, de 1215, estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, vindo a reconhecer, implicitamente, os direitos da personalidade. Mais adiante, a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, valorizou a tutela da personalidade humana e a defesa de direitos individuais.

No entanto, somente após a Segunda Grande Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça. Nesse passo, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Confira-se, nesse sentido, INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 38.

<sup>25</sup> Com o mesmo raciocínio, veja-se ELIMAR SZANIAWSKI. *Os direitos da personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 185-186.

<sup>26</sup> Faz referência ARNALDO RIZZARDO ao fato de que, nos últimos anos, os direitos da personalidade aumentaram a sua importância, na medida em que “mais se valoriza a pessoa humana e se colocam em primeiro plano os seus direitos” (*Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 146).

Naturalmente, os Códigos Civis, como um todo, não faziam menção aos direitos da personalidade. O Código Civil francês (*Code de France*), o alemão (BGB) e o italiano eram silentes, não possuindo qualquer referência, até porque a categoria ainda não era tutelada. Com o pós-guerra, os Códigos foram paulatinamente reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade. Importante colaboração adveio do Direito alemão, preocupado, após os lamentáveis episódios ali ocorridos, atentatórios contra a humanidade, em afirmar a relevância na proteção da pessoa humana e de sua integridade.

Entre nós, os direitos da personalidade foram admitidos após importantes contribuições doutrinárias, alçados à altitude legislativa por normas esparsas e consagrados pelo Texto Constitucional de 1988.<sup>27</sup> Antes disso, o Projeto de Código Civil elaborado pelo eterno mestre ORLANDO GOMES, na década de 1960, em 16 artigos, cuidava amplamente da matéria, inclusive emprestando disciplina mais profunda do que a legislação vigente.

Apesar do acanhamento (ficando aquém das expectativas doutrinárias e do próprio avanço jurisprudencial dos anos mais recentes), o Código Civil de 2002 reconheceu, expressamente, os direitos da personalidade nos arts. 11 a 21. Hodiernamente, contudo, entendem muitos ordenamentos jurídicos, almejando tornar mais efetiva a dignidade do homem, elevada ao *status* de princípio fundamental em muitos deles, que o melhor caminho legislativo a seguir é inscrever nos textos constitucionais os direitos da personalidade. Ganha corpo, dessa maneira, o movimento de constitucionalização da proteção ampla e irrestrita da personalidade humana,<sup>28</sup> como se percebe das experiências espanhola e italiana, além da necessária referência à ordem jurídica brasileira.

É bem verdade que existem divergências quanto à terminologia utilizada. Como resume CARLOS ALBERTO BITTAR, em opúsculo dedicado à matéria, alguns autores inclinam-se por denominar *direitos essenciais da pessoa* (TOBEÑAS), *direitos à personalidade* ou *essenciais* (RAVÀ), *direitos pessoais* (BRUNS) e *direitos personalíssimos* (PUGLIATI, CHIOVENDA e ROTONDI). No entanto, a expressão dotada de maior técnica e consagrada na doutrina pátria (ORLANDO GOMES, RUBENS LIMONGI FRANÇA e ANTONIO CHAVES) e alienígena (ADRIANO DE CUPIS e GIERKE) tem sido, realmente, *direitos da personalidade*.<sup>29</sup>

## 4.2 Noções conceituais: das velhas definições ao dogma fundamental do Direito Civil-Constitucional

Com o propósito de satisfazer as suas necessidades sociais, o homem pode adquirir direitos e assumir deveres, podendo ser sujeito ativo ou passivo dessas infindáveis relações pactuadas. O conjunto dessas situações jurídicas individuais, susceptíveis de apreciação econômica, é dito *patrimônio*. E, ao lado dessas situações patrimoniais (com

<sup>27</sup> Vide, exemplificativamente, o art. 5º, incisos V, X e XLI, da Constituição da República, que fazem referência à proteção da personalidade humana.

<sup>28</sup> Esse é o pensamento de GILBERTO HADDAD JABUR. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 123.

<sup>29</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 2.



vocação econômica), existem os chamados *direitos da personalidade*, enraizados na esfera mais íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente, voltados à afirmação dos seus valores existenciais.

Em sendo assim, considerando que a personalidade é um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição de pessoa. Enfim, no dizer de INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE, são eles, verdadeiramente, “a medula da personalidade”.<sup>30</sup>

Nessa ordem de ideias, é possível asseverar serem os *direitos da personalidade* aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.<sup>31</sup>

Os direitos da personalidade, portanto, possibilitam a atuação na defesa da própria pessoa, considerada em seus múltiplos aspectos (físico, psíquico, intelectual...).

Compõem, em verdade, um conjunto de prerrogativas jurídicas reconhecidas à pessoa, atinentes aos seus diferentes aspectos em si mesma e às suas projeções e aos seus prolongamentos.<sup>32</sup>

Trata-se, sem a menor sombra de dúvida, de noção fluida, em constante e cotidiana evolução, tendo o escopo de assegurar uma categoria jurídica fundamental para a efetivação da dignidade humana. Aliás, forte na lição imorredoura de ORLANDO GOMES, nos direitos da personalidade estão compreendidos os *direitos essenciais à pessoa humana, a fim de resguardar a sua própria dignidade*.<sup>33</sup>

É preciso estampar em cores nítidas a ideia de que a matéria (direitos da personalidade) necessita ser enxergada, nos dias de hoje, sob a ótica civil-constitucional, em razão das importantes opções firmadas pela *Lex Legum*. A afirmação da *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana* como princípios constitucionais (art. 1º, II e III), juntamente com a proclamação da igualdade e da liberdade, dão novo conteúdo aos direitos da personalidade, realçando a *pessoa humana como ponto central da ordem jurídica brasileira*.

Em síntese estreita: *os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade*.

<sup>30</sup> CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 38.

<sup>31</sup> Em sentido semelhante, ORLANDO GOMES, citado por GILBERTO HADDAD JABUR. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 89. Este último autor, aliás, propõe a compreensão dos direitos da personalidade como interesses “de conteúdo não patrimonial, mas com reflexo pecuniário, que possibilitam o desfrute das faculdades do corpo e do espírito, essenciais ao bem-estar, e que encerram, por isso, categoria autônoma, a ponto de não serem absolutamente disponíveis e de merecerem, sem intervenção humana, como nenhum outro direito merece, o predicação da inexpropriabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade” (*Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 94).

<sup>32</sup> Com idêntico pensar, CARLOS ALBERTO BITTAR. *Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 6 ss, e REGINA SAHM. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*, op. cit., p. 20.

<sup>33</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 153.



A partir do novo contorno dogmático desenhado através dos novos valores e matices constitucionais, é fácil depreender os direitos da personalidade como construção normativa que reconhece a proteção jurídica avançada da pessoa.<sup>34</sup>

Com essa perspectiva, os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção emanada da histórica dicotomia direito público e privado – derivam da própria dignidade reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade.

Passando em revista as ideias aqui coligidas: compreendidos à luz da legalidade constitucional, é possível vislumbrar os direitos da personalidade como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”, na síntese de GUSTAVO TEPEDINO.<sup>35</sup> Acatando essa relação implicacional entre os direitos da personalidade e a dignidade humana, afirmada constitucionalmente, sedimentou-se o Enunciado 274 da Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal”.

### 4.3 Fontes

Discussão acirrada diz respeito à fonte dos direitos da personalidade.

Folgada maioria na doutrina brasileira e estrangeira busca em fontes suprajurídicas a justificativa dos direitos da personalidade. Salientam que se relacionam com atributos inerentes à própria condição humana, motivo pelo qual entendem decorrer do chamado *direito natural*. Para essa corrente, os direitos da personalidade manteriam estreito laço com uma concepção religiosa do Direito, sendo emanação divina.

Exemplo utilizado para ilustrar diz respeito ao julgamento de Nuremberg, quando se condenaram atrocidades cometidas durante o período nazista, na Alemanha, sob o pretexto de estar sendo cumprida a lei.

Essa é a posição, seguramente, majoritária em sede doutrinária.<sup>36</sup>

Não parece a melhor solução. Efetivamente, embora em posição minoritária, entendemos assistir razão aos *positivistas*, que vislumbram a fonte precípua dos direitos da personalidade no próprio ordenamento jurídico. Ou seja, é a ordem jurídica que reconhece os direitos da personalidade, viabilizando o seu exercício.

<sup>34</sup> Nesse diapasão, FRANCISCO AMARAL chega mesmo a afirmar, espancando qualquer dúvida porventura ainda existente, que “por terem guarida no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional” (*Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 250-251).

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 24.

<sup>36</sup> Corroborando desse entendimento, MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 83; GILBERTO HADDAD JABUR. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 87; e CARLOS ALBERTO BITTAR, para quem “esses direitos existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações” (*Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 7-8).

Com efeito, há evidente equívoco na escola jusnaturalista, que entende os direitos da personalidade como inatos ao homem, ou seja, afirmam decorrer de uma ordem jurídica previamente constituída, por confundir o direito natural (dever ser) com a experiência talhada, construída culturalmente, no plano do direito positivo (do ser). Por isso, mereceu de PIETRO PERLINGIERI a lúcida advertência de que os direitos da personalidade “devem encontrar o seu fundamento na norma positiva”, de modo a garantir sua adequada tutela.

É que “no estado de direito, a ordem jurídica serve exatamente para evitar os abusos de poder cometidos por quem, com base em valores supralegislativos, ainda que em nome de interesses aparentemente humanistas, viesse a violar garantias individuais e sociais estabelecidas, através da representação popular, pelo direito positivo”, nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO.<sup>37</sup>

Equivale a dizer que a garantia de uma proteção mínima à personalidade é fruto da preocupação afirmada pelo avanço cultural do ser humano que, atualmente, repele toda e qualquer ideia que possa comprometer sua plena integridade. Assim, está no terreno da cultura (e a lei é um fato cultural) o reconhecimento dos direitos da personalidade e não em ordens jurídicas preestabelecidas.

ORLANDO GOMES, com habitual percuciência, esclarece a decorrência histórica dos direitos da personalidade, fruto de uma necessidade social, em face do menosprezo e do desprezo à dignidade humana por parte do Estado, somados à multiplicação dos atentados perpetrados contra a personalidade por particulares em razão dos progressos técnicos da era moderna. Assim, foram incentivados os tribunais germânicos, no pós-guerra, a agir em proteção da pessoa humana, através do reconhecimento de direitos da personalidade.<sup>38</sup>

Resulta, assim, demasiadamente difícil aos jusnaturalistas explicar a aplicação de direitos da personalidade (garantidores da proteção humana) de forma inata em situações ainda hoje existentes, nas quais queda inerte a tutela humana, como nos países muçulmanos com suas penas corporais, nos países africanos com suas cirurgias de mutilação dos órgãos sexuais femininos e nos países que admitem a pena de morte. Se decorrem do direito natural (se são inatos), onde estariam escondidos os direitos da personalidade em tais situações? Tudo isso sem questionar os países que admitem a escravidão.

Outro exemplo eloquente diz respeito aos direitos autorais que, embora classificados como direitos da personalidade, não são, às escâncaras, inatos, destruindo a tese jusnaturalista.

Enfim, como afirmou HANNAH ARENDT, em passagem eloquente e célebre, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído”.

Por esse fio condutor, EDSON FERREIRA DA SILVA, corroborando das ideias positivistas, invoca PONTES DE MIRANDA, para sustentar que “os direitos da personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos

<sup>37</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 40.

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. *Novos temas de Direito Civil*, op. cit., p. 251.

jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando a certo grau de evolução a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.<sup>39</sup>

Não é demais alertar que a *dignidade da pessoa humana* não pode ser reduzida apenas a um valor inato à natureza humana (algo inerente à sua própria natureza), sendo indubitado um sentido cultural na acepção da expressão, sendo fruto do aperfeiçoamento da espécie humana.<sup>40</sup> Já teve oportunidade o Tribunal Constitucional de Portugal de afirmar que “a ideia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente” (Acórdão 90-105-2, de 29.3.1990, Rel. Bravo Serra).

#### 4.4 Características

As mais importantes características dos direitos da personalidade, sem dúvida, são a sua intransmissibilidade e a sua inalienabilidade. Isso significa, destarte, que eles são direitos indisponíveis.

Todavia, a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de *relativa indisponibilidade*, impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual.

Dessa maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, a cessão do seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a possibilidade de o titular de um direito da personalidade dele dispor, dê que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade.

Nesse passo, o art. 11 do Código de 2002 é de clareza solar ao dispor que, “*com exceção dos casos previstos em lei*, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”, permitindo antever o seu caráter indisponível relativamente.

É dizer: em casos específicos (não são todos!), limitados pela afirmação da própria *dignidade humana* e pela impossibilidade de disposição em caráter total ou permanente, é permitido ao titular ceder o exercício (e não a titularidade) de *alguns* dos direitos da personalidade. É o exemplo do direito à imagem, que pode ser cedida, onerosa ou gratuitamente, durante determinado lapso temporal.

Não foi por outro motivo que, já na vigência do Código Civil de 2002, consolidou-se tal entendimento, na Jornada de Direito Civil, nesse sentido. Veja-se:

Enunciado 4, Jornada de Direito Civil:

<sup>39</sup> SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, op. cit., p. 14.

<sup>40</sup> Em sentido inverso, RIZZATTO NUNES afirma que “a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua existência” (*O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, op. cit., p. 49).

“O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Na trilha desse entendimento, é admissível a limitação voluntária a direito da personalidade, desde que não seja em caráter absoluto e genérico. Ou, noutras palavras, o ato de disposição de um direito da personalidade há de ser transitório (limitado no tempo) e específico (afinal, ninguém pode abrir mão de toda a sua personalidade).

Exemplificativamente: é possível ceder o uso da imagem para a edição específica de uma revista, mas não é possível autorizar o uso indeterminado da imagem, sem limites temporais.<sup>41</sup> Por isso, nenhuma cessão de imagem, por exemplo, pode ser permanente, sendo lícito ao titular, após o prazo máximo de cinco anos (se outro prazo menor não foi convencionado, conforme o sistema da Lei nº 9.610/98), reclamar a proteção de sua personalidade.

Outrossim, admite-se a cessão de direitos autorais e a doação de órgãos humanos duplos ou regeneráveis, denotando a relatividade da indisponibilidade que caracteriza tais direitos.

E mais: além de não ser permanente, nem genérico, o ato de disposição não pode violar a dignidade do titular. Com isso, mesmo que alguém manifeste, expressamente, a sua vontade, não será possível ceder o exercício de um direito da personalidade com afronta à sua dignidade (mínimo existencial). Seria o exemplo de uma pessoa que consente em participar de um programa de televisão em que a sua integridade física é aviltada. No caso, a sua aquiescência é irrelevante, pois atenta contra a sua dignidade. Há um interessante caso, a respeito do tema, que merece uma problematização. Trata-se de um julgamento do Conselho Constitucional da França no célebre caso do “arremesso de anões”. Sem dúvida, é um importante precedente da jurisprudência francesa, cuidando de um estranho jogo, no qual anões eram lançados a distância, com o auxílio de um canhão de pressão. Insurgindo-se contra decretos das prefeituras dos locais onde o jogo era praticado, proibindo a diversão pública, os promotores do jogo ingressaram com medidas judiciais tendendo à liberação do certame. E *Manuel Wackenheim*, um anão com pouco mais de um metro e quatorze centímetros de altura, se habilitou como litisconsorte na demanda. Confirmando a vedação administrativa, a Casa Judicial francesa reconheceu que o “respeito à dignidade humana, conceito absoluto que é, não poderia cercar-se de quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que cada um possa ter a seu próprio respeito. Por sua natureza mesma, a dignidade da pessoa humana está fora do comércio”. A questão nos defronta com um curioso conflito: considerando que o nanismo restringe bastante as chances de emprego de algumas pessoas, justificar-se-ia uma flexibilização de sua personalidade? O tema é, de fato, inspirador e precisa ser visto com olhares mais amplos, não se restringindo a uma visão simplória do conceito de integridade física. Indubitavelmente, *é preciso refletir sobre a extensão da*

<sup>41</sup> Ilustra LEONI LOPES DE OLIVEIRA que “uma pessoa não pode ser fotografada, por exemplo, despida e publicadas as fotos sem sua autorização. Mas nada impede que uma mulher celebre com uma revista um contrato de um trabalho fotográfico em que posará despida” (*Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 47).

*interferência da ordem jurídica na vida das pessoas humanas, sem descurar sobre a amplitude do conceito de vida digna.*

Ademais, vale o destaque de que o ato de disposição de um direito da personalidade pode decorrer da lei ou da autonomia privada, através de manifestação do próprio titular, como no exemplo da cessão de imagem ou da doação de órgãos dúplices ou regeneráveis.

Além da característica da *indisponibilidade relativa*, reconhecida expressamente pelo Código Civil em seu art. 11, os direitos da personalidade trazem consigo outras marcas registradas. São, ainda, *absolutos*, *imprescritíveis*, *extrapatrimoniais* e *vitalícios*.

Os direitos da personalidade são *absolutos* porque possuem eficácia contra todos (ou seja, são oponíveis *erga omnes*), impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. É um verdadeiro dever geral de abstenção, dirigido a todos.

Além do mais, a *imprescritibilidade* impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade. Inexiste, portanto, prazo extintivo para que seja exercido um direito da personalidade. Não se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória decorrente de um eventual dano à personalidade. Nesse caso (pretensão reparatória pecuniária), prescreve, normalmente, em três anos a pretensão de obter indenização pelos danos sofridos, inclusive decorrentes de violação aos direitos da personalidade (CC, art. 206, § 3º, V).<sup>42</sup> Imprescritível, assim, é a pretensão de garantir o exercício do direito, mas não a de reparar pecuniariamente um eventual dano sofrido.<sup>43</sup> Exemplificando: se alguém, indevidamente, utiliza-se da imagem de outrem, a pretensão de impedir que a pessoa continue se valendo daquela imagem não sofre limitação temporal, podendo ser exercida a qualquer tempo, porém, em três anos prescreverá a pretensão de reparação pecuniária do dano causado à imagem.

Há exceção, porém, na característica da imprescritibilidade. No que tange às ações tendentes à reparação de danos causados por prisão ou tortura, durante o regime militar de exceção, pelo qual passamos durante tristes épocas, vem afirmando o Superior Tribunal de Justiça a sua imprescritibilidade, seguindo a trilha do art. 14 da Lei nº 9.140/95. Veja-se a respeito:

“São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações

<sup>42</sup> No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 158.

<sup>43</sup> Em sentido inverso, minoritariamente, FLÁVIO TARTUCE apregoa a inexistência de “qualquer prazo prescricional, por envolver matéria de ordem pública”, sustentando que a pretensão indenizatória decorrente de violação a um direito da personalidade, embora de natureza patrimonial (e não existencial) também seria imprescritível (*Direito Civil*, op. cit., p. 47).

dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana” (STJ, Ac. Unân., 1ª T., AgRg 970.753/MG, Rel. Min. Denise Arruda, j. 21.10.2008, DJU 12.11.2008).

Já a *extrapatrimonialidade* consiste na insuscetibilidade de apreciação econômica dos direitos da personalidade, ainda que a eventual lesão possa produzir consequências monetárias (na hipótese, a indenização por dano extrapatrimonial, comumente chamado de dano moral). O tema exige esclarecimentos. É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. São valores existenciais e, por conseguinte, não são susceptíveis de aferição monetária, de um valor patrimonial. Entretanto, uma vez ocorrendo uma violação a esses valores da personalidade, independentemente de causar prejuízo material,<sup>44</sup> surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima e sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo) de impedir novos atentados.

Releva assinalar que decorre do caráter *extrapatrimonial* dos direitos da personalidade a sua *impenhorabilidade*, não sendo possível servir como objeto de penhora.

Finalmente, não se pode esquecer que os direitos da personalidade são *vitalícios*, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular, confirmando o seu caráter intransmissível. Falecendo, pois, o titular de um direito da personalidade, não haverá transmissão, extinguindo-se, automaticamente, a relação jurídica personalíssima. Não se esqueça, de qualquer forma, que se reconhece, como um direito da personalidade da pessoa viva, a proteção aos valores jurídicos da personalidade de alguém que já morreu, como assinala o parágrafo único do art. 12 do Estatuto Substantivo. São os chamados *lesados indiretos*, que estão legitimados para reclamar, em nome próprio, a proteção aos seus direitos da personalidade, consubstanciados na defesa da personalidade do cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes (mortos), em linha reta ou colateral até o quarto grau. Nesse caso, o dano ocorre depois da morte da pessoa, atingindo, diretamente, ao morto (que não mais tem personalidade), e, por igual, indiretamente aos seus parentes e cônjuge ou companheiro vivos. Por isso, são designados *lesados indiretos*.

Apesar de intransmissíveis os direitos da personalidade (CC, art. 11), vale lembrar que os seus reflexos patrimoniais admitem transmissão. Assim sendo, há transmissão do direito (patrimonial) de exigir uma reparação pecuniária pela violação de direitos patrimoniais ou personalíssimos de uma pessoa morta, conforme previsto no art. 943 do Código Civil.<sup>45</sup> Aqui, o que se transmite é o *direito indenizatório, de natureza marcan-temente patrimonial*. Ou seja, é o direito de exigir a reparação ou de prestá-la. Não há transmissão do direito personalíssimo violado, até porque, como visto, o direito da personalidade é intransmissível. Nessa linha de intelecção, perpetrado um dano contra a personalidade de alguém, surge uma pretensão reparatória por dano moral, que se

<sup>44</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 49.

<sup>45</sup> Art. 943, Código Civil: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.



transmite aos herdeiros, juntamente com a herança. E é por isso que, mesmo falecendo o ofendido sem promover a ação reparatoria, os seus herdeiros podem fazê-lo, dentro do prazo prescricional previsto em lei.<sup>46</sup>

Também não se confunde com a hipótese contida no art. 43 do Código de Processo Civil, que trata de *sucessão processual necessária*. Depois de promovida uma ação, ocorrendo o óbito de qualquer das partes, autor ou réu, o seu espólio ou sucessores sucedem o morto, assumindo o polo processual da demanda, mesmo que se trate de uma ação promovida para reclamar danos à personalidade.<sup>47</sup> A natureza do instituto é, às escâncaras, processual.

## 4.5 As liberdades públicas e os direitos da personalidade

Convém, por questões didáticas e teóricas, distinguir os direitos da personalidade das chamadas liberdades públicas.

Os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, considerados como a garantia mínima da pessoa humana para as suas atividades internas e para as suas projeções ou exteriorizações para a sociedade. Por isso, impõem à coletividade uma conduta negativa, evitando embaraço ao seu exercício.

De outro lado, as liberdades públicas “são condutas individuais ou coletivas realizadas de forma autodeterminada, em face da autorização expressa ou implícita, conferida pelo Estado”, como pondera ROBERTO SENISE LISBOA.<sup>48</sup> Disso não discrepa GILBERTO HADDAD JABUR, esclarecendo que “as liberdades públicas surgem quando o Estado consagra os direitos individuais ou fundamentais”.<sup>49</sup>

Ora, enquanto os direitos da personalidade são percebidos pela ótica privatista, afirmando a tutela da pessoa humana, as liberdades públicas, descortinadas na esfera pública, correspondem a imposições para assegurar aqueles direitos.

Em outras palavras, enquanto os direitos da personalidade afirmam a proteção avançada da pessoa humana, estabelecendo condutas negativas da coletividade (*obrigação de não fazer*, isto é, não violar a personalidade de outrem), as liberdades públicas funcionam a partir de garantias constitucionais impondo condutas positivas ao Estado para que estejam assegurados os direitos da personalidade.

<sup>46</sup> A jurisprudência é simpática ao entendimento: “O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se estendesse ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores” (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 324.886, Rel. Min. José Delgado, RSTJ 151: 157).

<sup>47</sup> Assim: “Na ação de reparação por danos morais, podem os herdeiros da vítima prosseguirem no polo ativo da demanda por ela proposta” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 577.787/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJU 20.9.2004, p. 290).

<sup>48</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 176.

<sup>49</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 77.



#### 4.6 A possibilidade de colisão entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa ou a liberdade de expressão e o critério de solução adequado (inadmissibilidade do *hate speech*)

Assegura a Carta Constitucional de 1988 (arts. 5º, IX, e 220, § 1º) a liberdade de imprensa, sem prévia censura, como consectário da própria liberdade de pensamento e de expressão (art. 5º, IV). Cuida-se, em mais palavras, do direito de livre manifestação de pensamento pela imprensa, assegurada a informação pelos seus variados e diversos órgãos.

É mister destacar que na sociedade contemporânea – aberta, plural, multifacetária e globalizada –, a expressão *imprensa* ganha contornos mais amplos, abrangendo diferentes meios de comunicação ou informação, tais como jornais, revistas, televisão, rádio e a *Internet*.

Pois bem, no estado democrático de direito, a *liberdade de imprensa* não pode estar submetida à prévia censura e, a outro giro, os direitos da personalidade também mereceram especial proteção constitucional, alçados à altitude de cláusulas pétreas.

Dessa maneira, o exercício do direito de informação não pode ser admitido em caráter absoluto, ilimitado, sendo imperioso estabelecer limites ao direito de informar, a partir da proteção dos direitos da personalidade (imagem, vida privada, honra...), especialmente com base na tutela fundamental da dignidade da pessoa humana, também alçada ao *status* constitucional (CF, art. 1º, III).<sup>50</sup>

É dizer: na perspectiva dos direitos fundamentais consagrados pela Carta de 5 de outubro, há uma indubitosa força normativa que impede atentados contra a dignidade da pessoa humana e os interesses sociais coletivos. Por isso, embora a liberdade de imprensa também mereça proteção especial e diferenciada, protegida com o *status* de direito fundamental constitucional, não pode o seu exercício ultrapassar o limite bem definido das demais garantias constitucionais. Até porque, como diz o sábio ditado popular, o direito de um termina quando começa o do outro...

Bem por isso, encontram-se, comumente, em nosso cotidiano conflitos de interesses estabelecidos entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto, qual o interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Apontando entendimento exatamente nesse sentido, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*, op. cit., p. 64, e ODUVALDO DONNINI e ROGÉRIO FERRAZ DONNINI. *Imprensa livre, dano moral dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*, op. cit., p. 54.

<sup>51</sup> Para ilustrar a assertiva, veja-se que a jurisprudência admite o critério da solução casuística, em decisões de conteúdo distintos: “O Tribunal de origem, amparado nas provas dos autos, entendeu pela prática de ilícito consubstanciado no abuso de direito de informar, ao se veicular notícia em programa de rádio que desvirtuou a realidade dos fatos, induzindo a opinião pública a uma visão distorcida deles, causando danos à parte envolvida, violando o direito à integridade moral” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., AgRg no Ag 1335108/PR, Rel. Min. Luís Felipe

Interessante hipótese é formulada por GUSTAVO TEPEDINO, inspirado em STEFANO RODÁ, lembrando do político que professa um exacerbado moralismo e, posteriormente, é surpreendido, pela imprensa, em situação que contradiz as ideias pregadas. Conclui ser possível veicular a notícia nesse caso, a bem do interesse público.<sup>52</sup> Identicamente, a divulgação de fatos que envolvem sonegação fiscal comprovada não atenta contra os direitos da personalidade,<sup>53</sup> bem assim como não caracteriza abuso a veiculação normal de informação sobre eventuais apurações procedidas no âmbito de inquérito policial.<sup>54</sup> Incorporando esse entendimento, a jurisprudência já afirmou que a veiculação de fatos, inseridos em matéria jornalística, baseada em fatos de interesse público, sem extrapolar o direito de crítica, em casos que ostentam gravidade e ampla repercussão social, não caracteriza dano moral indenizável (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 801.109/DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 12.6.2012). Significa, portanto, que toda publicação jornalística traz consigo uma *cláusula de modicidade*, permitindo um temperamento para a compreensão dos efeitos sobre terceiros dela decorrentes quando se tratar de um agente público envolvido em um fato público.<sup>55</sup>

Salomão, j. 25.10.2011, *DJe* 4.11.2011). E, de outra lado: “1. A publicação, desacompanhada de opiniões e comentários depreciativos do jornal, de série de reportagens relativas ao fato de investigação dos órgãos superiores do Ministério Público a respeito de alegada divulgação de questões do Concurso de Ingresso na carreira pelo autor, então integrante da Comissão Examinadora, não configura dano moral ao autor, cuja honorabilidade restou intacta, proclamada, inclusive, por testemunhos pessoais de julgadores no Acórdão recorrido. 2. Inexistência de violação ao direito à intimidade e a sigilo do ocorrido. 3. *Atos que se inseriram na estrita liberdade de imprensa, constitucionalmente assegurada*” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 959.330/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 9.3.2010, *DJe* 16.11.2010).

<sup>52</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 474.

<sup>53</sup> “Ao divulgar fatos de sonegação fiscal em que se trata de notícia verdadeira, reportagem comum, mero repasse de informações obtidas de forma lícita, não cabe indenização por dano moral, pois nenhum ilícito cometeu a empresa jornalística” (TJ/SP, Ac. Unân., 2ª Câmara, Ap. Cív. 274.956-1, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 19.2.1997, *RT* 740: 296).

<sup>54</sup> ODUVALDO DONNINI e ROGÉRIO FERRAZ DONNINI percebem que “não constitui abuso no exercício de direito de informar, quando a notícia jornalística se limita a reproduzir fatos in,sertos no inquérito policial” (*Imprensa livre, dano moral dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*, op. cit., p. 111-112). No mesmo diapasão: “Não constitui abuso no exercício do direito de informação a reportagem jornalística que se limita a reproduzir fatos constantes de inquérito policial, embora tenha aludido a ‘furto’ e ‘roubo’, quando se trataria de apuração de ‘apropriação indébita’” (TJ/SP, Ac. Unân., 2ª Câmara, Direito Privado, Ap. Cív. 75.900-4 – Comarca de São Paulo, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 29.6.1999, *Lex-JTJ* 220: 88).

<sup>55</sup> O Supremo Tribunal Federal reconheceu a presença implícita da cláusula de modicidade como um mecanismo de harmonização entre a liberdade de imprensa e de expressão e os direitos da personalidade. Veja-se: “5. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos” (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.4.2009, *DJe* 6.11.2009, *RTJ* 213: 20).

Por outro turno, se a informação veiculada pela imprensa vulnera a privacidade ou a imagem de alguém, estará desvirtuando o exercício do direito à notícia, caracterizando verdadeiro abuso de direito, prontamente reparável. É o caso da veiculação de notícia fazendo referência desabonatória a alguém, sem qualquer cunho jornalístico.<sup>56</sup> De igual maneira, afronta os direitos da personalidade o sensacionalismo promovido pelo órgão de imprensa, lesando a dignidade humana, mesmo que os fatos veiculados estejam, realmente, sendo apurados pela Polícia ou pelo Ministério Público.<sup>57</sup> Não se pode tolerar que a imprensa venha a se valer de seu prestígio e alcance para impor prejuízo aos direitos da personalidade de qualquer pessoa, atentando contra a sua honra, imagem ou intimidade.

Em arremate, afirma-se a inexistência de hierarquia valorativa entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, impondo uma solução casuística de eventual conflito, com o uso da técnica de ponderação de interesses. Somente no caso concreto será possível descobrir se prevalece a liberdade de imprensa ou a proteção da personalidade.

Reconhecida, eventual e casuisticamente, a responsabilidade civil por dano à personalidade causado pelo exercício da liberdade de imprensa, é imperioso evidenciar que a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que o dever de indenizar é imposto tanto do autor do escrito, quanto do proprietário do veículo de divulgação:

Súmula 221, Superior Tribunal de Justiça:

“São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Cuida-se de entendimento elogiável por facilitar a reparação do dano sofrido pela vítima, que poderá acionar o órgão de imprensa ou o autor do ato atentatório à personalidade alheia.

Vale destacar, ademais, que o valor da reparação civil por dano moral não pode estar adstrito a valores previamente tarifados em diplomas legais, uma vez que a *Lex Fundamentallis* agasalhou a indenização por dano moral de forma ampla e irrestrita, sendo incompatível com a Carta Maior qualquer limitação indenizatória.<sup>58</sup> Outrora, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), editada durante a ditadura militar, estabelecia limites tarifários para a indenização por danos causados pela imprensa – o que é, a toda evidência,

<sup>56</sup> “A expressa referência em jornal a nome do magistrado, sem nenhuma relevância jornalística ou mesmo de cunho informativo aos seus leitores, quando feita em reportagem policial e veiculada em jornal com circulação em todo o Estado, caracteriza violação à honra daquele, ensejando-lhe, com isso, pleitear indenização por danos morais contra o seu ofensor” (TJ/MT, Ac. Unân., 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. 17.557 – Comarca de Cuiabá, Rel. Des. José Ferreira Leite, j. 17.12.1996, RT 741: 357).

<sup>57</sup> Veja-se, a respeito, um didático precedente jurisprudencial: “Detectado que a par de se originar a notícia veiculada em jornal de fonte oficial do Ministério Público, o cunho sensacionalista pelo emprego de expressão chula dado aos fatos causou ofensa de ordem moral, devida a indenização reparadora que deve, todavia, ser fixada sem excessos, a fim de evitar enriquecimento sem causa” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 448.604/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 6.11.2003, DJU 25.2.2004, p. 180).

<sup>58</sup> A Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça já havia consagrado: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

incompatível com o sistema de reparação integral consagrado constitucionalmente. Aliás, o Pretório Excelso já solidificou o entendimento de que a Lei de Imprensa é incompatível com a norma constitucional (em linguagem técnica, *não foi recepcionada ou não foi novada* pelo Texto Constitucional), afastando, em definitivo, qualquer tabelamento na fixação do *quantum* reparatório.<sup>59</sup>

Ressalte-se, de passagem, que a eventual mitigação da liberdade de imprensa não implica em repristinar, em trazer de volta, a lamentável prática da censura. O que se tem, em concreto, é que a democracia e as liberdades constitucionais podem impor uma relativização no exercício de todo e qualquer direito, inclusive no que tange à liberdade de expressão e de imprensa, quando colidir com outros valores, também constitucionais, de proteção da pessoa humana. Em comentário esclarecedor, bem registra EDÍLSOM FARIAS não ser possível “confundir censura com controle jurisdicional da legalidade no exercício da liberdade de comunicação social, que é função reservada aos juízes e tribunais na democracia constitucional[...] Isto é, *não constituem censura as medidas judiciais decretadas para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social no exercício de sua atividade informativa*”.<sup>60</sup>

O certo é que a regra geral é a liberdade de imprensa. Entrementes, essa ampla divulgação e manifestação de fatos não é ilimitada ou absoluta, encontrando restrições,

<sup>59</sup> Colhe-se da decisão: “Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regravatório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de ‘interpretação conforme a Constituição’. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*” (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.4.2009, DJU 6.11.2009).

<sup>60</sup> FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, op. cit., p. 284. Nessa linha de intelecção, assegura o eminente e atuante Promotor de Justiça no estado do Piauí, que a *restrição à liberdade de expressão* “possui fundamento constitucional”, enquanto a *censura* “é repelida pela Constituição. A restrição é medida necessária para harmonizar a expressão e a comunicação com os direitos de terceiros ou interesses coletivos protegidos pela Lei Fundamental, já a censura constitui determinação administrativa proveniente de órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo” (p. 286).

dentre outras hipóteses, nos direitos da personalidade, coibindo abusos na veiculação de notícias. Aliás, esse entendimento restou assentado na Corte Suprema, como se nota:

*“Mecanismo constitucional de calibração de princípios.* O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa” (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.4.2009, DJU 6.11.2009).

Toda essa coerência de raciocínio também é aplicável à *liberdade de expressão*, permitindo antever a existência de limites ao seu exercício. Com isso, o chamado *hate speech* (consistente nas manifestações de pensamento ilimitadas, contendo declarações de ódio, desprezo ou intolerância, normalmente atreladas a etnia, religião, gênero ou orientação sexual) não é permitido pelo sistema jurídico brasileiro. Até porque a Constituição não vedou, tão só, ao Poder Público a prática de atos discriminatórios, impondo, por igual, a todo e qualquer cidadão ou pessoa jurídica tal conduta. Por isso, impor limites à liberdade de expressão é manter acesa a luz contra o preconceito e a intolerância – que atingem, em especial, as minorias sociais, étnicas e econômicas. Isso não permite, porém, como adverte DANIEL SARMENTO, que “o intérprete se engaje em abstrusas desconstruções dos atos expressivos, visando a encontrar preconceitos e mensagens discriminatórias ocultas, para assim fundamentar limitações às liberdades



comunicativas”.<sup>61</sup> Não se esqueça: a liberdade de expressão é a regra constitucional, apenas não sendo absoluta.

Em síntese conclusiva, infere-se que a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão, consagradas constitucionalmente, não têm caráter absoluto, podendo sofrer flexibilização no caso concreto, quando algum direito fundamental, também assegurado constitucionalmente, reclame proteção privilegiada.<sup>62</sup>

#### 4.7 A liberdade de expressão, os direitos da personalidade e as biografias não autorizadas

Ainda em relação à liberdade de expressão, surge o interessante questionamento a respeito da publicação de biografias não autorizadas de pessoas públicas.

Pois bem, em se tratando de fatos públicos, envolvendo a vida privada de pessoas públicas, parece razoável admitir a publicação de biografias, por conta da liberdade de expressão – que é valor jurídico afirmado constitucionalmente. A falta de autorização do biografado (ou dos seus herdeiros, no caso de uma biografia póstuma) não se mostra um empecilho, em face do caráter público dos fatos.

Prospectando sobre a matéria, não se pode deixar de reconhecer que o Novo Testamento é, de certo modo, a biografia não autorizada de Jesus Cristo.

De fato, a restrição à liberdade de expressão constitui, em linhas gerais, uma prática inaceitável em um Estado constitucional de Direito e deve ser reprimida. Nessa esteira, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa,<sup>63</sup> já alertou para a circunstância de que o ordenamento constitucional brasileiro não admite a figura da censura prévia como mecanismo afirmador das democracias.

<sup>61</sup> SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*”, op. cit., p. 94.

<sup>62</sup> Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no rumoroso caso “Ellwanger”, entendeu que a liberdade de expressão “*não é garantia constitucional absoluta*”, encontrando “*limites morais e jurídicos*”, e que o direito à livre expressão “*não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem em ilicitude penal*”, devendo prevalecer “os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (STF, Tribunal Pleno, HC 82.424-2/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.9.2003).

<sup>63</sup> Significativo o trecho aqui transcrito da decisão do Pretório Excelso: “2. Regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome ‘Da Comunicação Social’ (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de ‘atividades’ ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convençionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização” (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.4.2009, DJU 6.11.2009).

No entanto, em se tratando de detalhes particulares da vida privada de uma pessoa (inclusive das pessoas públicas, as chamadas celebridades), considerando que a liberdade de expressão não pode ser absoluta, é possível pensar na incidência dos instrumentos da responsabilidade civil, com vistas à proteção dos direitos da personalidade.

Essa utilização dos instrumentos do direito indenizatório, no que diz respeito às biografias não autorizadas, evidencia uma solução possível para a harmônica convivência entre a liberdade de expressão e a intimidade do biografado: conceder *precedência ao direito cujo exercício não anulará o outro, permitindo que posteriormente se corrijam os equívocos de origem*. Com isso, deve ser prestigiada a liberdade de expressão, cujo exercício abusivo pode desencadear instrumentos efetivos de proteção da personalidade. Ao revés, privilegiar os direitos da personalidade importaria em sacrificar, inteiramente, a liberdade de expressão.

Vislumbramos, no ponto, uma ponderação (balanceamento) dos interesses conflitantes, conduzindo ao entendimento de que biografar é uma descrição de coisas já acontecidas, é atividade de quem apenas descreve o modo pelo qual o biografado viveu e já exteriorizou a sua intimidade e a sua vida privada. Noutros termos, o ato de biografar não se traduz em interceptar escutas telefônicas, teleobjetivar recintos privados ou qualquer outra forma de obstruir o direito que assiste à pessoa humana de desfrutar de uma vida íntima e manter relações de natureza privada. Nada disso! Biografar é a descrição do que vem depois desse desfrute, materializado por um modo a que o biógrafo teve acesso.

E é exatamente por isso que, *prima facie*, se nos afigura merecedor de proteção jurídica o direito à liberdade de expressão, com a efetiva possibilidade de publicação de biografias, mesmo não autorizadas pelo biografado ou pelos seus herdeiros.

Por outro turno, não se olvide que se a biografia não autorizada descambar para o campo da invencionice ou da distorção dos fatos, com violação da personalidade do biografado, será cabível a utilização dos mecanismos reparatórios do Direito Civil, sem prejuízo de eventual responsabilização penal, por crime contra a honra. Aliás, vislumbramos nessa arquitetura, inclusive, um profícuo espaço para um debate sobre a *indenização punitiva* (pena civil), como mecanismo de coibir publicações ofensivas à personalidade alheia. Seguramente, esse é o equacionamento da tensão entre as liberdades comunicativas e os direitos da personalidade. Enfim, supondo que, concretamente, ao lado de biografias sérias e embasadas em ampla e consistente pesquisa fática, o mercado editorial também disponibilize trabalhos que beiram a leviandade, vislumbramos que somente as primeiras constituam trabalhos legitimamente merecedores de tutela jurídica.

Alguns rumorosos casos servem para a perfeita compreensão da matéria. O cantor Roberto Carlos obteve autorização judicial para a apreensão dos exemplares de uma biografia não autorizada que revelava situações relativas à sua vida (TJ/RJ, Ac. Unân. 18ª Câ. Cív., Agr. Instr. 2007.002.06253, Rel. Des. Pedro Freire Raguinet, j. 3.5.2007). Noutro episódio, o Poder Judiciário de Sergipe suspendeu a publicação da obra *Lampião*



– O *Mata Sete*, que levantava suspeitas sobre a suposta condição homossexual do famoso cangaceiro, a requerimento de sua filha.<sup>64,65</sup>

Vale noticiar que tramita no Supremo Tribunal Federal, inclusive, a ADIn 4815, proposta pela *Associação Nacional dos Editores de Livros* – ANEL, postulando a determinação de interpretação conforme a Constituição dos arts. 20 e 21 do Código Civil, afastando do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas referentes a “pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo”.

#### 4.8 O direito (da personalidade) ao esquecimento e a liberdade de imprensa

Interessante discussão travada em nossa doutrina, com repercussão nos Tribunais, diz respeito ao direito da personalidade ao *esquecimento*.

O ser humano é inacabado, encontrando-se, certamente, em eterno processo de amadurecimento e evolução (mental, intelectual...). O escritor uruguaio Eduardo Galeano chegou mesmo a afirmar que “somos o que fazemos, mas somos, principalmente, o que fazemos para mudar o que somos”. Bem por isso, toda pessoa humana tem o direito de arrepender-se de fatos passados, mantendo a sua caminhada rumo ao melhor.

Até mesmo porque existem certos fatos pretéritos que, se não matam fisicamente, causam profunda corrosão na alma e no espírito. É nesse quadrante que se concebe o *direito ao esquecimento* ou, como se diz na Itália, *diritto all’oblio*.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a história – ainda que seja a própria história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos pretéritos ligados a si, mais especificamente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados.<sup>66</sup>

Mais ainda: é o direito de impedir que dados e fatos pessoais de outrora sejam revividos, repristinados, no presente ou no futuro de maneira descontextualizada.

Enfim, é uma garantia contra o que vem se denominando de *superinformacionismo*.

Embora sem invocar, expressamente, o direito ao esquecimento, a apresentadora de televisão *Maria da Graça Xuxa Meneghel*, em 1987, requereu em juízo o direito ao esquecimento em relação à sua participação no filme *Amor, Estranho Amor*, de Wálter Hugo Khouri, de 1982, no qual participou de uma cena em que apareceu nua, na cama,

<sup>64</sup> A decisão do Juiz de Direito *Aldo Albuquerque de Mello* (Processo n. 2011.10701579), da 7ª Vara Cível de Aracaju (SE), afirma: “Entre evitar eventual prejuízo financeiro do requerido, com a proibição da publicação do seu livro e evitar a ofensa à honra da requerente e de seus pais, deve o Judiciário, por óbvio, ficar com a segunda opção e proteger a honra e a intimidade da requerente e seus genitores”.

<sup>65</sup> Para aprofundamento sobre o tema, veja-se: GARCIA, Rebeca, “Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada”, op. cit., especialmente p. 66-67.

<sup>66</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 171.

com um garoto de 12 anos de idade. Considerando o seu posterior perfil profissional infanto-juvenil, sustentou o direito ao arrependimento da participação cinematográfica-erótica. Foi vencedora da ação, tendo sido reconhecido o seu direito de “apagar uma imagem pretérita incompatível com uma imagem atual, como hoje é permitido aos autores de obras literárias que pretendam renegar trabalhos que consideram imperfeitos ou menos dignos” (TJ/RJ, Ap. Cív. 3819/91, Rel. Des. Thiago Ribas Filho).

Para além disso, independentemente de um arrependimento pessoal, certos fatos íntimos revelados podem gerar no titular a vontade de retirá-los da pauta do dia, deixando serem esquecidos por terceiros e pela coletividade.<sup>67</sup>

É bem verdade que nessa ambiência do direito ao esquecimento, surgem curiosas indagações: qual é o espectro de incidência do direito ao esquecimento? Abrangeria qualquer fato ocorrido no passado e que vem a incomodar o titular? O assunto fica proibido de ser reavivado por qualquer membro da sociedade? Qual é o lapso temporal necessário para se pleitear o respeito ao direito de esquecer?

Todas essas indagações não podem ser respondidas aprioristicamente, exigindo, em cada caso, um cuidadoso balanceamento dos valores jurídicos em apreço, através da técnica de ponderação de interesses. Somente à luz de cada hipótese fática concreta é que será possível esclarecer qual a abrangência do fato a ser esquecido e o tempo razoável para que um fato não mais deva reverberar, com vistas à proteção do titular da personalidade.

O simples reconhecimento da existência efetiva de um *direito ao esquecimento* não conduz, por si só, ao imperativo dever de abster da informação (ou de indenizar a informação já publicada). Até mesmo porque existem fatos que estão enraizados na vida e na história de uma sociedade, prendendo-se, muita vez, ao próprio processo de formação da identidade cultural de um povo. Estes não serão apagados e, tampouco, esquecidos. É preciso, pois, ponderar os interesses em conflito (personalidade, de um lado, liberdade de imprensa, do outro) para que se possa, caso a caso, deliberar a melhor solução.

Esse balanceamento de interesses, inclusive, foi posto à prova em um julgado, em que o Superior Tribunal de Justiça analisou o pedido dos familiares de *Aida Curi*, uma jovem brutalmente assassinada aos 18 anos de idade, em 1958, no Rio de Janeiro. A vítima foi levada à força por dois rapazes (ajudados pelo porteiro de um prédio) ao topo de um edifício na Avenida Atlântica, abusada sexualmente e, após a queda do terraço no 12º andar, veio a falecer. A história desse crime foi apresentada no programa *Linha Direta*, da Rede Globo de Televisão, com a divulgação do nome da vítima e dos fatos reais ocorridos. Segundo os seus familiares, a veiculação televisiva trouxe a lembrança do crime e todo sofrimento que o envolve. No julgamento, a Corte Superior de Justiça entendeu que, nesse caso, o crime era indissociável do nome da vítima e, por isso, não

<sup>67</sup> A título de ilustração, lembra-se que uma jornalista, no Paraná, perdeu o emprego por conta da publicação de fotos suas nuas por um ex-namorado. As imagens chegaram a ser propagadas em mais de sete milhões de sites pornográficos pelo mundo.

seria possível à emissora retratar a história com omissão do nome da vítima, a exemplo do que ocorre em outros trágicos crimes, como os que envolveram a missionária *Dorothy Stang* e o jornalista *Vladimir Herzog*. Vale a pena acompanhar trechos da substanciosa decisão, da lavra do culto Ministro Luís FELIPE SALOMÃO:

“2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas.

3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. nº 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram.

4. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.

5. Com efeito, *o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.*

6. *É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera.* Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

7. *Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar.* Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexo causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um ‘direito ao esquecimento’, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que,

relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. *Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança*” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.335.153/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.2013, DJe 10.9.2013).

De fato, em situações como essa, na medida em que o tempo passa, as dores vão diminuindo (até porque, como diz o ditado, *o tempo é o senhor da razão*), de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

Com lastro em outros fatos concretos, porém, a solução, por igual, pode apontar noutro sentido.

O próprio Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade, no mesmo dia, de deliberar sobre o direito ao esquecimento de uma outra maneira. O caso que ficou conhecido, mundialmente, como *Chacina da Candelária*, no Rio de Janeiro, foi reapresentado pela Rede Globo de Televisão. Um dos acusados pelo bárbaro crime, que foi absolvido por unanimidade no julgamento penal pelo Tribunal do Júri, ajuizou, então, uma ação ressarcitória contra a emissora, pleiteando indenização porque teve violado o seu direito ao esquecimento, máxime por ter sido absolvido judicialmente. Deliberando sobre a causa, a Corte Superior entendeu que, nesse caso, a fatídica história poderia ter sido veiculada de forma fidedigna, sem qualquer menção ao nome e à imagem daquela pessoa – que já tinha sido, repita-se, absolvido criminalmente. Até porque veicular o seu nome e imagem em rede nacional não reforçou uma visão de *inocentado*, mas sim de *indiciado*. Nesse julgado, diferentemente, concluiu-se pela proteção do direito ao esquecimento, com imputação de ressarcimento à emissora de televisão:

“9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do ‘bandido’ vs. ‘cidadão de bem’.

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados

indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. *Por isso, nesses casos, o reconhecimento do ‘direito ao esquecimento’ pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.*

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praeiudicamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, *confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.*

17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto –, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.

18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito.

19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida ‘vergonha’ nacional à parte” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 1.334.097/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 28.5.2013, DJe 10.9.2013).

Realmente, mesmo quem cometeu um crime, depois de determinado tempo, tem o direito de ver apagadas todas as consequências penais do seu ato, considerados o direito à reabilitação, afastando-se a possibilidade de considerar o fato para fins de reincidência, apagando-o de todos os registros criminais e processuais públicos. Se assim é até mesmo em relação à esfera penal, não parece razoável que os atos da vida privada, uma vez divulgados, possam permanecer indefinidamente nos meios de informação, em casos tais.

Acresça-se a tudo isso que no universo da *Internet* o direito ao esquecimento ganha contornos ainda mais difíceis, na medida em que a superexposição pode obstar, de algum modo, o direito ao esquecimento.



#### 4.9 A proteção dos direitos da personalidade e a insuficiência dos argumentos clássicos: a tutela avançada (preventiva e repressiva) dos direitos da personalidade

A tutela dos direitos da personalidade conta com diferentes mecanismos de efetivação em nosso ordenamento jurídico.

Perfilhando-se à regra já insculpida no art. 5º, X, da Constituição Federal e nos arts. 461 do Código de Processo Civil (para a tutela jurisdicional individual) e 84 do Código de Defesa do Consumidor (para a tutela jurisdicional coletiva), veio o art. 12 do Texto Codificado a estabelecer a possibilidade de tutela (proteção) preventiva e repressiva (compensatória) para os direitos da personalidade.

Assim, está autorizada a concessão de provimentos judiciais reparatórios (compensatórios) e inibitórios (preventivos). Exemplificativamente, se houver uma indevida inserção do nome de um cliente no serviço de proteção ao crédito por um banco, abalando a sua honra objetiva e subjetiva, será possível à vítima requerer ao juiz a imediata retirada do seu nome do SPC e, no mesmo processo, uma compensação pelo dano sofrido, monetariamente.

Através do sistema de tutela preventiva (tutela específica dos direitos da personalidade) é possível a adoção, pelo juiz no caso concreto, de toda e qualquer providência tendente à integral proteção do bem jurídico personalíssimo, tais como a imposição de multa para que o agente se abstenha de alguma atividade. É permitida, inclusive, a adoção de medidas judiciais restritivas de direito, como o *mandado de distanciamento*, determinando-se ao agente que não se aproxime mais do que uma determinada distância da vítima. Será medida de grande utilidade, por exemplo, nas ações de separação de corpos, quando um dos cônjuges, eventualmente, tumultua a vida do outro, inclusive perseguindo por todo lugar. Infelizmente, não é incomum encontrar ex-cônjuges ou ex-companheiros que, após a ruptura da conjugalidade, terminam perseguindo e sufocando a pessoa com quem conviveram, atentando, muitas vezes, contra a sua privacidade e a sua dignidade como um todo. Em tais hipóteses, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinar o distanciamento, fixando um limite razoável para a abstenção da liberdade de locomoção. Por evidente, a distância variará em cada caso, dependendo da peculiaridade das pessoas e do lugar.

Para além do arsenal proposto pelo art. 12 da Lei Civil, não se olvide ainda da tutela privada (autotutela) da personalidade, inerente a qualquer ser humano, mediante a legítima defesa ou do exercício regular de um direito, desde que tal ato não ultrapasse o necessário à autotutela da personalidade.<sup>68</sup>

Sem dúvida, a violação dos direitos da personalidade acarreta graves consequências na órbita personalíssima, impondo danos de ordem extrapatrimonial (moral). Nesse passo, são previstas sanções jurídicas dirigidas a quem viola os direitos da personalidade

<sup>68</sup> Seria a conduta da apreensão de filme no qual foi indevidamente captada a imagem do ofendido, ou destruição de material gravado ilicitamente, que revelasse conversações mantidas com terceiros.



de outrem, mediante a fixação de indenizações por danos não patrimoniais (reparação de danos), bem como através da adoção de providências de caráter inibitório (tutela específica), tendentes à obtenção do resultado equivalente, qual seja, o respeito aos direitos da personalidade.

No que concerne à caracterização dos danos não patrimoniais (chamados comumente de danos morais), sobreleva destacar a inexistência de qualquer necessidade de prova da dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza ou qualquer sentimento negativo. Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade. Por isso, afirma-se que a prova desse dano moral é *in re ipsa*, isto é, ínsita no próprio fato, caracterizada pela simples violação da personalidade e da dignidade do titular.<sup>69</sup>

Até mesmo porque a dor, a vergonha, o desgosto, a aflição etc. é a eventual consequência do dano extrapatrimonial e não a sua essência, o seu conteúdo.<sup>70</sup>

Bem deliberou o Superior Tribunal de Justiça que, “no sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, a imagem, a honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado”.<sup>71</sup>

Com isso, percebe-se que através da responsabilidade civil (reparação civil de danos) materializa-se, *também*, o objetivo precípua do Direito Civil, que é a proteção avançada da pessoa humana e a afirmação de sua dignidade.

Em outras palavras: todo dano moral é decorrência de violação a direito da personalidade, caracterizado o prejuízo pelo simples atentado aos interesses jurídicos personalíssimos, independente da dor e sofrimento causados ao titular – que servirão para fins de fixação do *quantum* indenizatório. Lembre-se, aqui, oportunamente, que os direitos da personalidade não estão submetidos a um rol taxativo (*numerus clausus*), sendo aberta a sua previsão, a partir da cláusula geral protetiva da dignidade da pessoa humana.<sup>72</sup> Enfim, é a violação à imprescindível dignidade do homem.

<sup>69</sup> Essa compreensão está enraizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se pode notar: “I – O banco é responsável pelos danos morais causados por deficiência na prestação do serviço, consistente na inclusão indevida do nome de correntista nos órgãos de proteção ao crédito, causando-lhe situação de desconforto e abalo psíquico. II – Em casos que tais, o dano é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 786.239/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.4.2009, DJU 13.5.2009).

<sup>70</sup> Vide, a respeito do tema, a lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES. Danos à pessoa humana, op. cit., p. 131.

<sup>71</sup> STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 506.437/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.9.2003. No mesmo sentido: “O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo – o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 121.757/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 8.3.2000).

<sup>72</sup> Já deliberou o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo sobre a indenizabilidade da violação à dignidade humana em caso no qual o correntista foi impedido de adentrar a agência bancária por conta da porta giratória, tendo sido atendido na rua, passando suas contas por baixo da porta: “Dano moral. Indenização. Banco. Cliente que foi impedido de entrar na agência bancária em virtude da existência de porta detectora de metais, mesmo depois de despojar-se de todos os seus pertences. Atendimento que se deu pelo lado de fora da agência, após o acionamento de forte esquema de segurança, sujeitando-se o usuário a passar por

Por isso, MARIA CELINA BODIN DE MORAES propõe caracterizar-se o dano moral (ou melhor, extrapatrimonial) através da “injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal”.<sup>73</sup> Não discrepa ELIMAR SZANIAWSKI, ponderando que o direito de personalidade tutela a integridade do indivíduo “garantindo e preservando a dignidade humana”.<sup>74</sup>

Nessa ordem de ideias, o *dano moral* não é, tão só, a violação da honra (o chamado *dano moral* específico). Caracteriza-se, também, o dano moral pela afronta à imagem, à privacidade ou à integridade física. Por isso, a nomenclatura não é, seguramente, a melhor, insinuar, indevidamente, que o dano moral seria uma violação a sentimentos negativos.

Aliás, não é despidiendi acrescentar que a cada violação de um direito da personalidade caberá uma reparação de dano autônoma e independente. Por isso, se houver violação da honra e da integridade física, haverá cumulação entre dano moral e dano estético, como, aliás, reconhece a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 387, Superior Tribunal de Justiça:

“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Em suma: a cada direito da personalidade violado corresponderá, seguramente, uma reparação do dano causado, autônoma e independentemente. Por isso, é possível a cumulação de dano moral com outro dano moral. É o exemplo da cumulação do dano à honra com o dano à imagem ou do dano à privacidade com o dano à integridade física, dentre outras hipóteses.

Paradoxalmente, aprende-se a construir a defesa dos direitos da personalidade pela mesma lógica patrimonialista da tutela dos direitos de fundo econômico. Assim, se alguém ofende a propriedade ou os bens de terceiro, cabe ao titular pleitear uma importância pecuniária a título de ressarcimento. Da mesma forma, a lesão a um interesse não patrimonial resultará em resposta estritamente patrimonial. Trata-se de uma inversão de valores, pois se o dano é de natureza extrapatrimonial, não podemos persistir na reparação meramente financeira.

Assim, fortes na lição de ANDERSON SCHREIBER,<sup>75</sup> é hora de escaparmos de soluções míopes e propugnarmos pela “despatrimonialização, não já do dano, mas da reparação”, através do alcance de meios não pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, associem-se a ela no sentido de efetivamente reparar ou apagar o prejuízo moral.

Vale dizer, além da tutela preventiva e da tutela reparatória dos direitos da personalidade, sobreleva pontuar a possibilidade de tutela reintegratória, na forma específica,

---

debaixo da porta os documentos para pagamento. Respeito à dignidade humana que não pode ser aviltada em nome da segurança. Instituições bancárias podem adotar meios não vexatórios para efetuar ‘revista’ em seus clientes e usuários” (1ª TACív. SP, Ac. 1ª Câm. de Férias, Ap. Cív. 943158-3, Rel. Juiz Plínio Tadeu do Amaral Malheiros, v. m., RT 789: 259).

<sup>73</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, op. cit., p. 132.

<sup>74</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 308.

<sup>75</sup> SCHREIBER, Anderson. “Novas tendências da responsabilidade civil brasileira”, op. cit., p. 65.

cujo objeto é reconstituir naturalmente a situação anterior ao ilícito já consumado, sem que o ofendido necessite se utilizar do mecanismo da reparação. A despecuniarização ou desmonetarização da reparação podem ser exemplificativamente apreciados no direito de resposta, quando o dano foi causado por algum veículo de comunicação, ou a retratação pública, ou mesmo a divulgação na imprensa da sentença condenatória. É de se registrar, de qualquer maneira, que a solução *in natura*, por si só, é insuficiente para a ampla e irrestrita proteção dos direitos da personalidade, não afastando os mecanismos preventivo e reparatório. Na verdade, apresenta-se o mecanismo de tutela específica como um *plus* na proteção da personalidade, que possui a interessante potencialidade de desestimular a conduta do ofensor (teoria do valor do desestímulo), sem a necessidade de se atribuir à vítima uma determinada quantia de natureza jurídica e estimativa duvidosas.

De fato, os provimentos reparatórios devem ser encarados como formas secundárias de tutelas, apenas manejáveis quando não se possa proteger o direito de maneira preventiva. Nessa seara, a tutela inibitória não se dirige contra o dano, mas à prevenção do ilícito. Ato ilícito e dano não são figuras umbilicalmente ligadas. O dano só se mostra necessário para fins de reparação, pois, mesmo sem a ocorrência de qualquer lesão, o ato ilícito já é um fato suficiente para se invocar a tutela jurisdicional. De forma irrefutável, LUIZ GUILHERME MARINONI<sup>76</sup> aduz que, “se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano”.

De outra margem, é de se fazer referência à tutela dos direitos da personalidade na ótica penal, caracterizada pela tipificação de diferentes condutas espalhadas pela legislação penal, salvaguardando bens jurídicos de interesse público (como nos crimes contra a honra e contra a vida). Vale lembrar que a tutela penal não afasta a tutela civil e vice-versa, atuando em searas independentes.

Trilhando essas sendas, adverte GUSTAVO TEPEDINO<sup>77</sup> que a tutela da pessoa humana supera, no estágio atual do direito, a perspectiva setorial (direito público e privado) e não se satisfaz com técnicas ressarcitórias e repressivas (consubstanciadas no binômio lesão-sanção), exigindo instrumentos eficientes de promoção do ente humano a partir de sua integridade física.

Enfim, deve-se buscar a tutela da personalidade (natural ou jurídica) em sentido amplo, como especificação de um direito mais amplo: à vida, à saúde e à busca da satisfação social (constitucionalização dos direitos personalíssimos, socializados pela Carta Magna).

O sucesso da tutela inibitória independe ainda da afirmação da culpa do ofensor, sendo despicienda qualquer valoração subjetiva do seu comportamento ilícito. É suficiente a aferição da antijuridicidade do comportamento temido, a cuja abstenção se dirige a ordem judicial.

<sup>76</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A Tutela Inibitória*, op. cit., p. 37.

<sup>77</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 23 ss.

Historicamente, o Código Civil de 1916 não admitia a tutela inibitória da vida privada, pois, inspirado nas ideias liberais do século XIX, afastava a possibilidade de ordens judiciais ou de normas que impusessem obrigações de fazer ou de não fazer. A liberdade era um direito absoluto e insuscetível de ponderação.

Porém, a sociedade pós-moderna contribuiu sobremaneira para o agravamento da condição humana. O avanço das ciências é angustiante, pois insere o ser humano em estado de instrumentalização e total perda de referência de valores. Os danos se proliferam e qualquer reparação se torna assimétrica diante do sacrifício aniquilador da personalidade. Muito mais importante que reparar o dano é a própria salvaguarda dos bens que integram a personalidade.

Quanto mais evoluído o Estado Democrático de Direito, mais amplos se tornam os instrumentos hábeis a inibir a materialização dos danos decorrentes, a partir da mera ameaça de lesão a direitos. Os direitos da personalidade quase sempre pressupõem interesses que colidem com situações de liberdade. Nessa tensão, caberá ao magistrado estabelecer uma prevalência axiológica de um bem diante do outro, de acordo com a concretude de cada contexto.

Para tanto, afirma o art. 12 do Diploma Substantivo que a tutela (proteção) jurídica dos direitos da personalidade, em sede civil (sem prejuízo da tutela penal), consubstanciar-se-á por meio de medidas repressivas – da chamada tutela clássica da personalidade – e, por igual, de medidas preventivas – a chamada tutela específica (que pode ser individual ou coletiva, reguladas, respectivamente, pelos arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor). Assim, percebeu o legislador que a garantia dos direitos da personalidade exigia instrumentos mais eficazes do que simplesmente a possibilidade de reparar o prejuízo sofrido (através da indenização por dano extrapatrimonial). Apresentou-se necessária a adoção de medidas preventivas, que resguardassem o bem jurídico protegido contra investidas danosas.

Trata-se de medida semelhante ao *injunction* do Direito anglo-saxão, como ordem do tribunal da *common law* para o demandado adotar certo ato ou se abster de fazer algo, concedida a medida nos casos em que há um justo receio de ocorrência de efetiva ameaça de lesão a direito, através de dados objetivos e concretos. Muitas vezes, a medida restritiva se dirige a conhecida figura do perturbador. Aquela pessoa provocadora, contra quem devam ser impostos limites, em face da gravidade e urgência da interferência.

Ensina ELIMAR SZANIAWSKI tratar-se “da hipótese em que terceira pessoa viola direito da personalidade de outrem sendo que o ato atentatório se protraí no tempo ou, em outras palavras, a execução do atentado não se exaure instantaneamente, mediante um só ato por parte do autor do atentado. A vítima terá por escopo obter por parte do judiciário, a cessação da execução da violação”.<sup>78</sup>

Estabelece o art. 461 do Código de Processo Civil que, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Apesar de a norma utilizar o

<sup>78</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, op. cit., p. 248.

vocabulo *obrigações*, nada impede que o mecanismo da tutela específica seja ampliado para a proteção dos direitos da personalidade.<sup>79</sup> Comentando, com propriedade, o tema, SÉRGIO CRUZ ARENHART aduz que o citado dispositivo legal “elencas técnicas de coerção capazes de atuar na vontade do requerido, para impor-lhe a abstenção pretendida. Coteja, pois, o dispositivo com todas as carências da proteção à vida privada”.<sup>80</sup>

A tutela inibitória, e os demais mecanismos de tutela específica como um todo, não se trata de espécie de medida cautelar, sendo ação de cognição exauriente, cuja finalidade dispensa eventual propositura de ação de reparação de danos. Destina-se a tutela inibitória à resolução definitiva da controvérsia, gerando coisa julgada material, como meio próprio e autônomo para excluir a ameaça da ocorrência do ilícito. Claro que nada impede que a parte cumule a pretensão inibitória com uma pretensão indenizatória, em razão de eventuais danos causados anteriormente.

De outro lado, a efetividade da tutela inibitória muitas vezes dependerá da possibilidade de sua antecipação, *ex vi* do § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil, mesmo em caráter *inaudita altera pars*, isto é, independentemente da ouvida da parte contrária. Da efetividade da tutela decorre ainda a fungibilidade da medida, eis que o juiz não se vinculará ao pleito do autor, podendo dele se distanciar do pedido formulado pela parte para conceder o provimento mais adequado à resolução da pretensão. Aliás, nessa toada, o § 5º do art. 461 do Código Instrumental é de alvejante ao utilizar a expressão *tais como*, indicando, a toda evidência, a possibilidade de o magistrado conceder a medida que julgar mais adequada e pertinente ao caso em apreço.

Em cores nítidas, repetindo à exaustão: a tutela dos direitos da personalidade não se apresenta apenas repressiva (ressarcitória), ultrapassando a compreensão setorial (afirmada pela ideia de que a indenização era fruto do velho binômio *lesão-sanção*), para admitir uma imprescindível tutela preventiva, no sentido de inibir a prática do ilícito ou impedir que o dano se alastre, atuando no sentido de retirar a antijuridicidade. Exemplo bastante interessante e de largo interesse concreto é a possibilidade de ser deferido, como mecanismo de tutela preventiva (com fulcro no art. 461 do Código de Processo Civil), mandados de restrição de direitos, como, por exemplo, o mandado de distanciamento, impedindo que o ofensor se aproxime da vítima e, assim, atente contra a sua privacidade. Ao conceder a ordem de distanciamento, o magistrado poderá estabelecer uma distância genérica, em metros, não sendo necessário especificar os locais alcançados pela restrição.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Explica EDUARDO TALAMINI que “o art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade, ou, mais amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas, a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc. – todos considerados em seus vários desdobramentos” (*Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*, op. cit., p. 128).

<sup>80</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*, op. cit., p. 11.

<sup>81</sup> A respeito do tema: “Poderá o Magistrado fixar, em metros, a distância a ser mantida pelo agressor da vítima – tal como efetivamente fez o Juiz processante da causa –, sendo, pois, desnecessário nominar quais os lugares a serem evitados, uma vez que, se assim fosse, lhe resultaria burlar essa proibição e assediar a vítima em locais que não constam da lista de lugares previamente identificados” (STJ, Ac. Unân., 5ª T., RHC 23.654/AP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 3.2.2009, DJe 2.3.2009).

No particular do mandado de distanciamento (restrição da liberdade locomotora), vislumbre-se a possibilidade de sua fixação não apenas para afastar pessoas de uma mesma família, como no conhecido caso da separação de corpos de cônjuges, companheiros ou parceiros homoafetivos. É preciso realçar a possibilidade de sua fixação, também, em quaisquer outras hipóteses, em que a proteção da personalidade reclame impedir a aproximação. Seria o caso de um mero namoro, em que há indícios de violência.<sup>82</sup>

Nesse quadrante, o Enunciado 140 da Jornada de Direito Civil cimentou que “a primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se a técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada como resultado extensivo”.

Desse modo, o ordenamento jurídico protege de forma mais ampla a personalidade, permitindo a utilização de medidas repressivas (reparação civil dos danos) e preventivas (tutela específica, através de multa diária, chamada de *astreintes*, ou de quaisquer outras providências que assegurem o resultado almejado). Conclui-se que, quanto maior a tutela da personalidade, menor se revelará o espaço para a responsabilidade civil.

Certamente, a tutela inibitória requer atuação concreta. A coerção requer a efetivação de meios de pressão capazes de influir na vontade do réu. A par da multa pecuniária (CPC, art. 461, § 4º), apta a garantir a obediência da ordem judicial, poderá o magistrado, segundo critérios de conveniência, aplicar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial e de toda e qualquer outra medida que julgue adequada para garantir a obtenção do resultado útil almejado de proteção da personalidade (art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil).

O descumprimento da ordem judicial somente não poderá, como regra, implicar na prisão do réu renitente,<sup>83</sup> em razão da expressa vedação do art. 5º, LXVII, da Carta Constitucional, que veda a prisão civil por débito, salvo para o devedor de alimentos. Somente em casos absolutamente excepcionais, quando o bem jurídico a ser protegido

<sup>82</sup> A orientação jurisprudencial é no sentido de que a Lei Maria da Penha, que estabelece proteção para a mulher, coibindo violência doméstica, é aplicável também em outras relações afetivas, como o namoro: “1. *Configura violência contra a mulher, ensejando a aplicação da Lei nº 11.340/2006, a agressão cometida por ex-namorado que não se conformou com o fim de relação de namoro, restando demonstrado nos autos o nexo causal entre a conduta agressiva do agente e a relação de intimidade que existia com a vítima. 2. In casu, a hipótese se amolda perfeitamente ao previsto no art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, já que caracterizada a relação íntima de afeto, em que o agressor conviveu com a ofendida por vinte e quatro anos, ainda que apenas como namorados, pois aludido dispositivo legal não exige a coabitação para a configuração da violência doméstica contra a mulher*” (STJ, Ac. Unân., 3ª Seção, CC 103.813/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.6.2009, *DJe* 3.8.2009).

<sup>83</sup> Veja-se a respeito: “Ordem judicial. Descumprimento. Prisão. Impossibilidade. Multa pecuniária. Magistrado. Poderes. Previsão legal. O descumprimento de ordem judicial caracteriza, em tese, crime de desobediência, devendo a prisão do representante legal da parte dar-se na esfera penal, com o envio das peças processuais necessárias ao Ministério Público, para as providências cabíveis. É facultado ao juiz a imposição, de ofício, de multa diária ao recalcitrante, se suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da obrigação. Inteligência do artigo 461, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil” (TA/MG, Ac. 8ª Câm. Cív., Agr. Instr. 2.0000.00.460397-4/000(1) – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Juiz José Amâncio, j. 4.2.2005, *DJMG* 24.2.2005).



superar, valorativamente, a liberdade do devedor, é que se justificará a medida segregatória. A rigor, portanto, é descabido o uso da prisão civil como medida judicial de tutela específica (medida preventiva) de proteção dos direitos da personalidade, apenas se tolerando a sua determinação quando o bem a ser tutelado sobrepujar (em termos valorativos, de acordo com uma ponderação de interesses) a liberdade de locomoção do devedor. A dificuldade exemplificativa é evidente (e é bom que seja assim). Imaginamos, em linha de princípio, a possibilidade de determinação de prisão de um diretor de clínica ou hospital que se recuse à internação de um paciente em estado gravíssimo determinada judicialmente.

O objetivo principal da proteção da personalidade humana não é, simplesmente, atribuir dinheiro pela violação de um bem jurídico personalíssimo. Mais importante do que indenizar pecuniariamente é salvaguardar o próprio bem jurídico, impedindo que a lesão se alastre ou volte a ocorrer. Bem se manifestou a Corte Suprema de Justiça da Argentina sobre a matéria, esclarecendo a importância de transcender um caráter econômico na proteção da personalidade:

“A consciência da própria dignidade não se silencia nem se satisfaz com indenizações pecuniárias, nem com publicações extemporâneas dispostas por sentenças inócuas, porque tardias. A crua noção anglo-saxônica de vindicar a honra *by getting cash* já mostrou que é insatisfatória para muita gente decente”.

De mais a mais, a proteção da personalidade depende de ordem judicial, podendo ocorrer de modo cumulativo, através de medidas que visem fazer cessar a violação ao direito da personalidade e, ao mesmo tempo, reparar o prejuízo já sofrido.<sup>84</sup> Interessante exemplo (de grande importância prática em tempos atuais) pode ser cogitado com o pedido formulado pelo correntista para que a sua Instituição Bancária retire o seu nome que foi indevidamente colocado no SPC ou SERASA (obrigação de fazer, garantida pela tutela específica), além de lhe indenizar os prejuízos já sofridos com a inclusão indevida de seu nome no cadastro de maus pagadores.<sup>85</sup>

Também importa alertar para a possibilidade de cumulação de pedidos de reparação por danos morais e materiais, como reza a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Importante enxergar que é amplíssimo o espectro de proteção da personalidade, servindo a norma estabelecida no art. 12 da Lei Civil como verdadeira cláusula geral de proteção, aplicável em qualquer caso de violação ou ameaça aos direitos da personalidade. Nesse sentido, assentou-se entendimento na Jornada de Direito Civil:

Enunciado 5, Jornada de Direito Civil:

<sup>84</sup> CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 39.

<sup>85</sup> A respeito da matéria, vale apresentar a linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, garantindo que “o SPC deve indenizar pelo dano decorrente de indevida inscrição de inadimplência inexistente. Não se pode furtar da responsabilidade alegando não ser obrigado a comunicar. A comunicação do registro ao devedor é obrigação também do SPC, ainda que os seus estatutos imponham tal obrigação ao lojista” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 27.325-0/CE, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 7.12.2000, DJU 19.2.2001).



“As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas”.

Prioriza-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana, conferindo igualdade substancial e isonomia formal às relações jurídicas civis, além de garantia residual, dando maior amplitude aos direitos da personalidade, reconhecidos tanto às pessoas naturais, quanto às pessoas jurídicas (CC, art. 52), a partir de um verdadeiro “*atributo de elasticidade*”. Não se procura, aliás, proteger os direitos da personalidade das empresas com o fito de maximizar o desempenho econômico, mas sim como instrumento de tutela da realização das pessoas.

Louvável é o móvel do legislador, mas a norma em si é desnecessária, pois, se considerados os direitos da personalidade, como o faz a franca maioria da doutrina, como direitos subjetivos, independentemente de uma norma sancionatória, eles serão sempre objeto de tutela. Por isso, reconhecendo na estrutura dos direitos subjetivos uma ideia de “*direito x dever*”, há uma inescindível pretensão conferida ao titular. E, via de consequência, onde há a pretensão, há, por igual, a possibilidade de tutela jurídica do direito através da formulação de um pedido protetivo ao Poder Judiciário.

#### 4.10 A proteção da personalidade da pessoa morta e os lesados indiretos

Perlustrando a linha de proteção ampla e avançada da personalidade, percebe-se que o parágrafo único do art. 12 do Código Civil confere tutela jurídica não apenas às pessoas que foram *lesadas diretamente* (referidas no *caput*), mas, por igual, às pessoas que foram *lesadas indiretamente*, indicadas no seu parágrafo único: o cônjuge sobrevivente (e, por evidente, o companheiro e o parceiro homoafetivo, também), os ascendentes, os descendentes e os colaterais até o quarto grau.<sup>86</sup>

Não se olvide que em se tratando do direito à imagem (CC, art. 20), a legitimidade dos lesados indiretos é mais restrita, apenas englobando o cônjuge supérstite (e o companheiro ou o parceiro homoafetivo sobrevivente), os ascendentes e os descendentes, com exclusão dos colaterais.<sup>87</sup>

Defendemos, porém, a tese do caráter exemplificativo desse rol. Com efeito, não se pode negar que o enteado ou o padraсто, um amigo querido ou mesmo uma noiva ou namorada, podem sofrer, indiretamente, um dano decorrente da violação da personalidade do morto. O vínculo afetivo estabelecido pode ser igual ou ainda mais forte, razão pela qual entendemos ser exemplificativo o rol indicado no dispositivo legal. Em sendo

<sup>86</sup> Semelhante regra emana do art. 71 do Código Civil lusitano, dispondo que os direitos da personalidade gozam, igualmente, da proteção depois da morte do respectivo titular, cabendo as providências legais aos herdeiros legítimos ou ao cônjuge.

<sup>87</sup> O Enunciado 5 da Jornada de Direito Civil reconhece que se trata de disposição específica, afastando a regra geral dos lesados indiretos do parágrafo único do art. 12 do *Codex*: “As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas”.

assim, ao reconhecer o caráter exemplificativo desse rol, poderão estar abrangidos os colaterais, mesmo quando se tratar de dano causado à imagem de uma pessoa morta, se provada a relação afetiva entre o falecido e o seu parente colateral.

Os *lesados indiretos* são as pessoas que têm legitimidade para requerer a medida de proteção quando o titular dos direitos da personalidade já tiver falecido.<sup>88</sup> Ou seja, pode a pessoa viva defender, em nome próprio, um direito próprio da personalidade consubstanciado em resguardar a memória da personalidade de alguém de sua família que já faleceu.<sup>89</sup> É a hipótese do filho que defende, judicialmente, a honra ou a imagem do pai falecido, indevidamente violados após o óbito. Nesse caso, insista-se, o titular defende um direito próprio, até porque o morto já não mais titulariza qualquer direito da personalidade.

Não se pode, todavia, cair na tentação de um raciocínio simplório afirmando a existência de direitos da personalidade do morto. A tutela jurídica concedida pelo parágrafo único do art. 12 da Lei Civil é dirigida às pessoas vivas, permitindo que sejam defendidos os direitos da personalidade do seu parente, cônjuge ou companheiro já morto.<sup>90</sup> Nesse panorama, ELIMAR SZANIAWSKI leciona que, em casos tais, o direito “respeita aos parentes do morto, tratando-se de um direito familiar”.<sup>91,92</sup>

Trata-se, assim, de exercício de direito próprio (de uma legitimidade autônoma para ajuizar uma ação) e não mera substituição processual.

Ou seja, é um direito reconhecido às pessoas vivas de ter salvaguardada a personalidade dos seus parentes (e do seu cônjuge ou companheiro) falecidos, sob pena de afronta à sua própria personalidade. Isso porque ao violar a honra, imagem, sepultura etc. de uma pessoa morta, atinge-se, obliquamente (*indiretamente*, na linguagem do Código Civil), os seus parentes (e o cônjuge ou companheiro) vivos.

Bem por isso, os lesados indiretos atuam *em nome próprio, defendendo um interesse próprio*,<sup>93</sup> consistente na defesa da personalidade de seus parentes (ou de seu cônjuge

<sup>88</sup> Identicamente, a Lei nº 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais, em seu art. 24, § 1º, reconhece legitimidade ativa aos herdeiros para defender os direitos personalíssimos do autor-morto no que disser respeito à paternidade, inédito, integridade e indicação do nome sobre criações intelectuais estéticas.

<sup>89</sup> Anuindo ao que se sustenta no texto, LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, inclusive mencionando ser também a posição prevalecente nas jurisprudências austríaca, suíça, italiana e francesa. Cf. *A proteção constitucional da própria imagem*, op. cit., p. 89.

<sup>90</sup> Elucida qualquer dúvida o seguinte julgado: “Direito da personalidade. Violação. Com a morte da pessoa, seus parentes próximos podem se opor à divulgação da vida do extinto, não por transferência dos direitos da personalidade, mas por direito próprio” (TJ/RJ, Ac. Unân., 3ª Câmara Cív., Em Decl. Ap. Cív. 39.193, Rel. Des. Wellington Moreira Pimentel, RT 619: 175).

<sup>91</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 303.

<sup>92</sup> Em sentido contrário, ALFREDO DOMINGUES BARBOSA MIGLIORE sustenta, em interessante trabalho, que a tutela jurídica referida seria dirigida ao próprio morto, caracterizando verdadeiros “direitos que vão além da vida corpórea”, embora confesse, em seguida, que “racionalmente tem sido impossível explicá-lo”. Cf. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, op. cit., p. 281.

<sup>93</sup> O entendimento jurisprudencial, de há muito, já se solidificou nesse diapasão: “Um dos valores mais inalienáveis do patrimônio moral humano é a dignidade da vida e da morte. O desprezo pelo ser humano após a sua morte gera dor profunda nos seus entes queridos que sofrem a perda da pessoa amada. O zelo para o corpo sepulto equipara-se ao constante velar pela alma da pessoa que se foi. Dor moral que se exacerba pela constatação da presença

ou companheiro) falecidos. Agem, pois, por *legitimidade ordinária, autônoma*, e não em substituição processual.

Já teve oportunidade a jurisprudência de proclamar esse entendimento, como se pode notar: “Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Arios-to. Daí por que não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha”.<sup>94</sup>

Com vistas a ilustrar a exposição, é possível lembrar as hipóteses de uso indevido de imagem e do nome de uma pessoa morta. Nesse caso, o dano atinge *diretamente o morto*, não podendo produzir efeitos, porque a sua personalidade já se extinguiu;<sup>95</sup> e, concomitantemente, atinge *indiretamente* o seu cônjuge ou companheiro e os seus familiares vivos. Estes terão legitimidade autônoma para defender, em nome próprio, um direito próprio, consistente em ver protegida a personalidade de seus familiares já falecidos.

É intuitivo, inclusive, que os lesados indiretos possuem legitimidade para requerer a reparação não somente na hipótese de morte real (natural) do seu cônjuge, companheiro ou parente, mas, também, na hipótese de morte presumida (declaração de ausência).

Ademais, convém pontuar a inaplicabilidade, na hipótese, da ordem de vocação hereditária do Direito das Sucessões, não havendo grau sucessivo para a legitimidade em exame. Assim, a legitimidade dos *lesados indiretos* é autônoma, possuindo cada um deles (cônjuge, companheiro ou parceiro homoafetivo sobrevivente, filhos, netos, pais, irmãos, tios...) legitimidade para reclamar o dano sofrido, em nome próprio e pleiteando uma indenização própria.<sup>96</sup>

Sobreleva ter cuidado para não confundir a legitimidade dos lesados indiretos com a situação mencionada no art. 943 do Código Civil, que trata da *transmissão do direito*

---

de outro cadáver na sepultura, mostrando-se improvável a localização do originário cadáver e a consecutória impossibilidade de sua cremação” (TJ/RJ, Ac. 10ª Câ. Cív., Ap. Cív. 14936/2001 (2001.001.14936), Rel. Des. Luiz Fux, j. 7.11.2001).

<sup>94</sup> STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 26.866/RJ, Rel. Min. César Ásfor Rocha, j. 22.11.2000, DJU 19.2.2001, p. 179, RT 789: 201.

<sup>95</sup> Exatamente porque a personalidade do falecido já se extinguiu, a viúva do célebre escritor *Humberto de Campos* não obteve êxito em demanda ajuizada contra o não menos festejado médium *Chico Xavier* e a *Federação Espírita Brasileira*, na qual pretendia condená-los por conta de obras psicografadas pelo espírito desencarnado do literata. A decisão, que remonta a 1944, afirmou que a existência da pessoa natural cessa com a morte e, assim, extingue-se a capacidade de adquirir direitos. Por isso, não poderia o falecido *Humberto de Campos* ter direitos autorais sobre um escrito posterior ao seu óbito, decorrente da intervenção de seu espírito. Para maior aprofundamento, veja-se: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*, op. cit., p. 62.

<sup>96</sup> A tese vem sendo reconhecida jurisprudencialmente: “O art. 12, parágrafo único, do Código Civil, autoriza qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, a pleitear indenização por danos morais, quando se tratar de reflexos de direitos da personalidade do morto, sendo que o dispositivo não condiciona o ajuizamento da ação à observância da ordem de vocação hereditária” (TJ/MG, Ac. 4ª Câ. Cív., Ap. Cív. 1.0699.07.071912-4/0021 – Comarca de Ubá, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 5.2.2009, DJMG 27.2.2009).

à reparação do dano causado a alguém que morreu, após sofrer a afronta. A diferença é elementar: os lesados indiretos pleiteiam em nome próprio um dano causado aos seus parentes mortos, depois do óbito deles; a outro giro, se o ofendido morreu sem promover a ação reparatória, os seus parentes vivos podem fazê-lo, dentro do prazo prescricional. Note-se que, nesse segundo caso, os parentes receberam, por transmissão hereditária, o direito à reparação do dano, podendo pleitear o que caberia ao falecido, em nome dele. Na primeira hipótese, os parentes são as próprias vítimas, reclamando em seus próprios nomes.

## 4.11 Classificação dos direitos da personalidade

### 4.11.1 Noções gerais

Os direitos da personalidade são tendentes a assegurar a integral proteção da pessoa humana, considerada em seus múltiplos aspectos (corpo, alma e intelecto). Logo, a classificação dos direitos da personalidade tem de corresponder à projeção da tutela jurídica em todas as searas em que atua o homem, considerados os seus múltiplos aspectos biopsicológicos.

Já se observou que os direitos da personalidade tendem à afirmação da plena integridade do seu titular. Enfim, da sua dignidade.

Em sendo assim, a classificação deve ter em conta os aspectos fundamentais da personalidade, que são: a *integridade física* (direito à vida, direito ao corpo, direito à saúde ou inteireza corporal, direito ao cadáver...), a *integridade intelectual* (direito à autoria científica ou literária, à liberdade religiosa e de expressão, dentre outras manifestações do intelecto) e a *integridade moral* ou *psíquica* (direito à privacidade, ao nome, à imagem etc.).<sup>97</sup>

A toda evidência, essa classificação não exaure o rol dos direitos da personalidade.

Não há dúvida quanto à impossibilidade de previsão taxativa (*numerus clausus*) dos direitos da personalidade. Muito pelo contrário. Constituem uma *categoria elástica*, compreendida ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades (físicas, psíquicas, sociais, culturais, intelectuais...).

É preciso, pois, compreendê-los a partir de uma cláusula geral que assegure proteção plena e eficaz à pessoa humana, permitindo que novos e eventuais valores incorporados à personalidade não estejam carentes de tutela jurídica. Aliás, na velocidade em que se operam as novas descobertas científicas e tecnológicas e considerando o estágio evolutivo da ciência, é mister afirmar um *direito geral de personalidade*, de modo a salvaguardar a tutela da pessoa humana.

<sup>97</sup> Também utiliza esse critério classificatório *tripartido*, FRANCISCO AMARAL. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 260. Vale registrar, de qualquer modo, que ORLANDO GOMES optou por uma classificação *bipartida*, dividindo os direitos da personalidade a partir de dois critérios: os direitos à *integridade física* e os direitos à *integridade moral*. Cf. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 153. Silenciou o mestre no que concerne aos direitos da personalidade ligados à integridade intelectual, que, indubitavelmente, são perceptíveis na pós-modernidade, como no referencial exemplo dos *direitos autorais*, deixando antever a necessidade de projeção dos direitos da personalidade também sob uma perspectiva *intelectual*.

Nessa linha de ideias, a despeito da proteção específica dispensada ao nome (CC, arts. 16 a 19), à imagem (CC, art. 20), à privacidade (CC, art. 21), dentre outros direitos, há uma *cláusula geral de proteção da personalidade*, com o propósito de ampliar significativamente a tutela, impedindo o esgotamento das espécies de direitos da personalidade,<sup>98</sup> que não podem ser esgotados, nem limitados. Na mesma direção, a vitoriosa experiência portuguesa, cujo Código Civil, em seu art. 70, estabelece uma tutela geral da personalidade, vindo, em seguida, a mencionar a proteção ao nome (art. 72), à intimidade (art. 80), à imagem (art. 79), dentre outros. Também o Código Civil da Suíça contempla cláusula geral de proteção, insculpida no art. 28.

Bem por isso, se consolidou no Enunciado 274 da Jornada de Direito Civil esse entendimento: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)”.

O festejado civilista italiano ALBERTO TRABUCCHI, com fina sensibilidade, reconhece um direito geral da personalidade, reportando-se ao art. 2º da Constituição italiana<sup>99</sup> como uma cláusula genérica cuja função é adequar as “várias garantias jurídicas às exigências sempre novas de tutela da pessoa”.<sup>100</sup> Outra não foi a opção do constituinte brasileiro, estabelecendo cláusula geral protetiva logo no art. 1º, inciso III, da Lei Maior.

Importante esclarecer que a existência de uma cláusula geral de proteção da personalidade não é incompatível com a sua classificação tripartida. As fragmentações propendem a uma melhor compreensão sistemática da matéria, não exaurindo, entretanto, as espécies, permitindo a cláusula geral seu reconhecimento em qualquer situação concreta.

#### 4.11.2 Cláusula geral de proteção da personalidade: o direito à vida (digna) como pressuposto dos direitos da personalidade

Esclarece lucidamente ROBERTO SENISE LISBOA que “todos os direitos da personalidade decorrem da existência, ainda que pretérita, da vida”,<sup>101</sup> permitindo antever a existência de um pressuposto lógico aos direitos da personalidade.

Assim sendo, é possível vislumbrar o direito à vida digna (dignidade da pessoa humana), a partir da inteligência do art. 1º, III, da Constituição da República, como o pressuposto lógico da personalidade humana e, consequentemente, dos próprios direitos da personalidade. Enfim, é verdadeira *cláusula geral de proteção da personalidade*, nos

<sup>98</sup> Recente propaganda veiculada nas redes de televisão mencionava que “todo brasileiro tem direito a um e-mail grátis”, insinuando tratar-se de um verdadeiro direito inalienável e essencial a toda e qualquer pessoa humana. O exemplo permite detectar que os direitos da personalidade são construídos concretamente, a partir da realidade cultural viva e presente de cada momento histórico.

<sup>99</sup> Art. 2º, Constituição da Itália: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como sujeito singular ou considerado na formação social onde desenvolve sua personalidade e, por isso, requer a observância dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”.

<sup>100</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, op. cit., p. 95.

<sup>101</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 176.

moldes da necessária proteção genérica da personalidade humana mencionada alhures e também encontrada no ordenamento português e no italiano.

Nessa linha de intelecção, GUSTAVO TEPEDINO percebe que as regras constitucionais “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte”, impondo uma nova leitura dos direitos da personalidade e marcando a presença de uma verdadeira *cláusula geral da personalidade* (a *dignidade da pessoa humana*).<sup>102</sup>

Ora, a despatrimonialização do direito privado e a necessária repersonalização do ser humano concorrem simultaneamente para o reconhecimento de um novo conteúdo, uma nova estrutura interna, do Direito Civil, que passa a estar vocacionado à tutela privilegiada e avançada da pessoa humana, projetada em suas múltiplas, variadas, complexas e multifacetadas atividades diárias.

A defesa da vida com dignidade é objetivo constitucionalmente assegurado pelo Poder Público. Por isso, funciona como verdadeira cláusula geral, que serve como motor de impulsão de tudo o que vem expresso na ordem constitucional ou mesmo infraconstitucional.

Importante, inclusive, observar uma certa vinculação entre a noção de direitos da personalidade à noção de direitos humanos, fazendo cair por terra a velha dicotomia que divorciava o direito público do direito privado, superando, definitivamente, a ultrapassada grande divisão do direito. Desse modo, a partir dos princípios constitucionais (que irradiam luzes para todos os ramos do direito, seja do direito público, seja do privado), fornecendo critérios de valor que vão inspirar toda a compreensão da norma infraconstitucional, é que se há de compreender a tutela da personalidade humana. Rompe-se a compreensão sectária da tutela da personalidade sob a ótica publicista ou privatista, como se fosse possível emprestar uma proteção parcial à pessoa humana sem martirizar o comando constitucional.

Por isso mesmo, ELIMAR SZANIAWSKI, invocando a lição primorosa de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA e FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ, defende o reconhecimento de uma cláusula geral de proteção da personalidade com o propósito de “fornecer a base de uma jurisprudência coerente, mas suficientemente sensível para a solução das mais variadas hipóteses de lesão aos direitos da personalidade”.<sup>103</sup> Trocando em miúdos: considerando a multiplicidade de situações a que se expõe a pessoa humana na (pós) modernidade, somente com o reconhecimento de uma cláusula geral de proteção (CF, art. 1º, III), de conteúdo principiológico, a ser preenchido no caso concreto pela jurisprudência, auxiliada pela doutrina, é que se pode garantir, eficazmente, a tutela da pessoa humana, impedindo violações das mais variadas naturezas ao ser humano.

Seja consentido salientar, finalmente, que, como a dignidade da pessoa humana é valor a ser preenchido concretamente, é possível chegar à ilação da existência de um

<sup>102</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 47.

<sup>103</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 75.



direito à morte digna,<sup>104</sup> o que não significa, de nenhum modo, um discurso favorável à eutanásia ou à ortotanásia.

### 4.11.3 Direito à integridade física

#### a) *Noções gerais sobre a proteção da integridade física e o dano estético*

O direito à *integridade física* concerne à proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização.

Assim, o direito ao corpo diz respeito à proteção destinada à vida humana e à integridade física, englobando o corpo vivo, bem assim como o cadáver (direito ao corpo morto). Por isso, a violação da integridade física é suficiente para a caracterização do *dano estético*, independentemente da existência, ou não, de sequelas permanentes. Exatamente por isso, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de reconhecer o direito à indenização por conta de acidente em supermercado, em razão do desmoronamento de caixas mal empilhadas, sofrendo a vítima traumatismo na região da bacia, mesmo não gerando sequelas permanentes ou deformidades. É o reconhecimento da proteção à integridade física, independentemente de sequelas graves (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 575.576/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 13.4.2004).

A vida humana reclama, pois, especialíssima proteção, impondo a repulsa contra todo e qualquer risco contra a degradação ou destruição de sua integridade, especialmente em épocas de importantes descobertas científicas pela engenharia genética e de crescimento social e econômico constante (e, às vezes, desenfreado), não raro colocando em risco a integridade física do ser humano.

Historicamente, o tratamento jurídico dedicado ao corpo humano sofreu influências religiosas, chegando a se compreender o corpo humano como uma dádiva divina, impossibilitando qualquer intervenção pelo próprio titular. Por evidente, na contemporaneidade, a autonomia privada (liberdade do titular) alterou essa compreensão, admitindo-se um verdadeiro *direito ao corpo humano*.

O Código Civil dedicou proteção ao aspecto físico da personalidade nos arts. 13 a 15, aludindo à tutela jurídica do corpo vivo (art. 13) e do corpo morto (art. 14) e ao livre consentimento informado do paciente (art. 15).

Dispõe, expressamente, o art. 13 do *Codex* que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Cuida-se de visível proteção do corpo vivo, reconhecendo a possibilidade (ampla) do titular dele dispor, desde que não cause diminuição permanente da integridade física e não gere ofensa aos bons costumes.

<sup>104</sup> Sobre o direito à morte digna, seja consentido remeter, em razão do maior aprofundamento e da bela sustentação desenvolvida, à obra de ANDERSON RÖHE. *O paciente terminal e o direito de morrer*, op. cit., especialmente p. 30 ss.



Com isso, a prática de *bodyart* ou *bodymodification*, por si sós, não estão proibidas por não afetarem a dignidade do titular.

Críticas justificadas são disparadas contra o dispositivo legal referido. De um lado, a expressão *bons costumes* é um conceito vago, impreciso, não sendo crível que sirva de elemento moderador da disposição do próprio corpo.<sup>105</sup> A outro giro, não parece razoável que o titular somente possa diminuir permanentemente a sua integridade física quando houver autorização médica. Vale, aqui, a lembrança de que a pessoa que se dedica aos esportes marciais, como o MMA, enfrentando golpes certos em seu corpo, pode sofrer (e, ordinariamente, sofre!) diminuição permanente da integridade física, sem qualquer exigência médica. Noutro exemplo, a pessoa que se submete a uma cirurgia plástica estética, retirando uma costela, para fins exclusivamente de embelezamento, também diminuiu a sua integridade física sem necessidade terapêutica. Outrossim, já se encontram mulheres que amputam o dedo mínimo do pé para que possam usar salto alto, sem desconforto.<sup>106</sup> Para além de tudo isso, o inverso também reclama uma cuidadosa reflexão. A prática de atos de disposição *não permanentes da integridade física* não pode estar simplesmente autorizada, como decorre da leitura do texto legal. Com efeito, há de se indagar da legitimidade do ato em relação à dignidade do titular, não se levando em conta, apenas, a duração temporal da intervenção no corpo humano. Bastaria imaginar o caso da implantação de microchips subcutâneos para controle de empregados para concluir pela ilegitimidade da conduta (conquanto a intervenção física não seja permanente).<sup>107</sup>

<sup>105</sup> Também criticando o dispositivo legal, ANDERSON SCHREIBER lembra o caso da estudante de artes plásticas Priscilla Davanzo que tatuou o corpo com manchas pretas, imitando o couro de uma vaca holandesa. “O projeto corporal atendeu, segundo Priscilla, à necessidade de protestar contra a incapacidade digestiva do ser humano: ‘não digerimos bem as ideias que recebemos de filmes, livros, jornais’, as vacas, ao contrário, ‘digerem o bolo alimentar duas vezes’. A atitude de Priscilla pode ser considerada excêntrica. Mentes mais tradicionais não hesitariam em classificá-la como contrária aos bons costumes. ‘É que no direito e na vida, a noção de bons costumes afigura-se tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento [...] Pode-se pensar o que quiser da atitude de Priscilla Davanzo. Não há dúvida, contudo, de que o conjunto de tatuagens a que se submeteu não constitui intervenção física grave o bastante para atrair a proibição jurídica do ato” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 35).

<sup>106</sup> Consta de informação jornalística: “Uma intervenção cirúrgica polêmica tem se tornado comum nos Estados Unidos por prometer acabar com o desconforto de usar alguns tipos de sapatos femininos. Trata-se da amputação de dedinhos inferiores, solução encontrada por algumas norte-americanas para diminuir a extensão da ponta dos pés e, com isso, eliminar calos e deformações decorrentes do uso contínuo de sapatos com salto alto de bico fino. Esse tipo de cirurgia plástica é um dos três procedimentos mais procurados para acabar com o desconforto dos calçados. Os outros dois são diminuir o tamanho de algum dedo ou injetar colágeno na parte da sola do pé perto deles, na tentativa de deixar a sola mais acolchoada. Segundo a Associação Americana de Podologia Médica, cerca de 87% das estadunidenses sofrem algum problema no pé decorrente de calçados desconfortáveis. É o caso de Susan Deming, amante de sapatos de salto alto que sempre teve muitos calos no pé esquerdo, pelo fato de alguns dedos serem maiores que os outros. Para acabar com isso, ela diminuiu um centímetro do dedão do pé, e espera que, a partir de agora, caminhar deixe de ser um martírio” (Disponível em: <<http://www.metro1.com.br/portal/?varSession=noticia&varEditorialId=8&varId=24063>>. Acesso em: 26.12.2012).

<sup>107</sup> Outro curioso exemplo é pinçado da interessante obra de ANDERSON SCHREIBER: “Laila começou desinfetando a parte superior do meu braço, antes de aplicar um analgésico local para entorpecer a área onde o chip seria implantado. Com uma seringa na mão, ela testou o local, o que me fez hesitar. Aplicou outra dose de analgésico. Com meu braço amortecido, Laila inseriu o microchip entre a minha pele e a camada de gordura

Em sendo assim, *demonstra-se a impropriedade do dispositivo legal em referência, ao impor a exigência médica como um fator necessário para o ato de disposição permanente da integridade física.*

Efetivamente, não parece existir interesse público no controle dos atos (genéricos) de disposição da integridade física. A regra há de ser a autonomia privada, com um controle estatal quando houver uma periclitção da dignidade do titular.

De qualquer maneira, impõe-se chamar a atenção para o fato de que, violada a integridade física da pessoa humana, caracteriza-se o chamado *dano estético* – que, em linhas gerais, corresponde às lesões, permanentes ou transitórias, na integridade física de uma pessoa viva.<sup>108</sup>

Não se olvide, ademais, que a afronta à integridade física pode estar cumulada com a violação da honra ou de outro direito da personalidade, o que gera, na hipótese, uma possibilidade de cumulação da reparação de danos, como já reconhecido pela Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 387, STJ:

“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Aliás, o Código Penal, tutelando a integridade física humana, pune, em seus arts. 121 a 128, as condutas contra a vida, tipificando criminalmente, como passíveis de censura, o homicídio, o auxílio, o induzimento e a instigação ao suicídio, o infanticídio e o aborto, além do delito de lesões corporais (art. 129).

Essa proteção dedicada à pessoa humana tem início desde a concepção, estendida até a morte, representada pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória. É o chamado *direito ao cadáver*, que é desdobramento do direito ao corpo humano.<sup>109</sup>

Aqui vale lembrar que as normas acerca da disposição do cadáver pelo titular estão disciplinadas na Lei nº 9.434/97, notadamente em seu art. 4º, que exige o consentimento dos familiares para a realização de extração de órgãos humanos de pessoas falecidas para fins de transplantes. O dispositivo legal termina se colocando em rota de colisão frontal com o art. 14 do Texto Codificado que, por seu turno, estabelece que “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. Conquanto, sob o ponto de vista prático, venha

---

do meu braço. Ela pressionou a seringa e ali estava: meu próprio número de dez dígitos instalado seguramente no meu corpo’. O relato produzido acima não provém de mente criativa de algum escritor de ficção científica, mas da experiência real vivida pelo jornalista *Simon Morton* na boate *Baja Beach Club*, em Barcelona. O estabelecimento oferece aos seus clientes a possibilidade de terem inserido sob a pele um microchip emissor de ondas de radiofrequência, que, além de assegurar livre acesso à área VIP da boate, funciona como uma espécie de cartão de consumo.” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 31).

<sup>108</sup> Colhe-se interessante precedente jurisprudencial: “O dano estético cobre a ofensa ao natural, na imagem pessoal, o defeito, a seqüela ou o aleijão que acomete a vítima. Logo, o dano estético é o dano moral que acomete aquele que sofre as consequências visíveis da lesão” (TRT-3ª Região/MG, Ac. 6ª T, RO 368/2005.095.03.00-1, Rel. Desa. Emília Facchini, DJMG 2.2.2006, p. 8).

<sup>109</sup> Também assim, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 162.

prevalecendo o entendimento de que a solução deste (aparente) conflito normativo ocorreria pela *especialidade*, prevalecendo a norma legal específica dos transplantes, outro raciocínio merece ser levantado. Com efeito, considerando a autonomia privada e percebendo que o direito ao corpo morto pertence ao titular, ainda vivo, a solução que merece prevalecer é a aplicação do regime da subsidiariedade. Assim sendo, *somente seria necessário o consentimento dos familiares* (art. 4º da Lei de Transplantes) *se o próprio titular, ainda vivo, não dispôs, expressamente, sobre o destino do seu cadáver* (art. 14 do Código Civil). Nessa levada, inclusive, é de clareza meridiana a redação do Enunciado 277 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 277, Jornada de Direito Civil:

“O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

Ainda a respeito do reconhecimento do *direito ao corpo morto como manifestação da própria personalidade*, convém sublinhar a necessidade de autorização judicial para exames, avaliações ou vistorias no cadáver, sob pena de responsabilização civil (é o exemplo da necessidade de produção de determinada prova pericial no cadáver, dentro de um processo, essencial ao esclarecimento de certos fatos).

Outrossim, em se tratando de pessoa não identificada (indigente), o cadáver não reclamado não poderá ser objeto de retirada de órgãos para fins de transplantes, mas é possível a sua utilização para fins de estudos e pesquisas científicas, em faculdades de Medicina, por exemplo.

Ademais, importa esclarecer que a pessoa humana titulariza direitos que implicam o reconhecimento da titularidade sobre o seu próprio corpo (aspecto físico da personalidade). Por isso, não se pode vedar a sua participação em tratamentos terapêuticos e científicos. O profissional da Medicina tem de atuar em conjunto com o paciente, orientando amplamente sem coagir e sem menosprezar a vontade. É o chamado *consentimento informado* – que, por sinal, traz a reboque a necessidade de o médico advertir, expressamente, o seu paciente para todo e qualquer efeito conhecido previamente do procedimento a ser adotado, permitindo-lhe exercer, com amplitude, a sua autonomia. Até porque o paciente é *sujeito*, e não *objeto*, do tratamento médico. Alguns hospitais e clínicas, inclusive, mais cuidadosos e evitando discussões futuras, chegam a gravar a advertência. Não ocorrendo a advertência expressa, caberá reparação do dano causado, por violação do dever de informação, corolário da boa-fé objetiva.<sup>110</sup> Sobre o direito ao livre consentimento informado, em obra pioneira, HILDELIZA LACERDA TINOCO BOECHAT

<sup>110</sup> O entendimento pretoriano é este: “A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco ou o dano” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 436.827/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., RSTJ 168: 405).

CABRAL explica, didaticamente, que “o ser humano possui direito à informação, uma vez que somente mediante tais esclarecimentos, poderá se tornar livre e consciente para a melhor escolha. Em face desse direito de informação de que goza a pessoa, nasce para o médico o *dever de informar*. Esse dever tem sido cada vez mais respeitado, tutelado e reclamado, o que se coaduna com a constitucionalização do Direito Civil, em franca sintonia com a atual perspectiva dos direitos da personalidade”.<sup>111</sup>

Reconhecida a avançada proteção da *integridade física* como consequência lógica, impõe-se o repúdio, com veemência, a toda e qualquer *internação forçada*, contrária à vontade do paciente, por afrontar os seus valores mais essenciais. Somente havendo motivo comprovado medicamente é que se pode admitir, em caráter totalmente excepcional, a internação forçada de uma pessoa humana,<sup>112</sup> quando houver interesse público justificável, como em casos de doenças transmissíveis. Com isso, afasta-se toda e qualquer tentativa de internação por membros da família que, ao invés de cuidar de seus parentes, preferem forçar uma internação.

**b) A proibição de prática pelo titular de ato de disposição que implique diminuição permanente da integridade física**

A regra geral do sistema jurídico é a possibilidade de prática de ato de disposição dos direitos da personalidade quando não gerar diminuição permanente da integridade física. Ou seja, o titular cuida da sua integridade física, apenas não podendo exceder os limites toleráveis. Enfim, *a autonomia privada da pessoa está presente no âmbito dos direitos da personalidade, devendo-se reconhecer a esses direitos, de forma geral, uma certa liberdade jurídica de exercício, não apenas na forma negativa, como tradicionalmente se pensava, mas também ativa ou positiva*. É o que se pode chamar “*admissão da disponibilidade limitada dos direitos da personalidade*”, na feliz expressão de LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI.<sup>113</sup>

Pois bem, com essas diretrizes e seguindo as pegadas do art. 13 do Código Reale, nota-se que a tutela jurídica da integridade física do corpo vivo, malgrado admita como regra atos de disposição pelo titular, impede a prática de condutas que gerem diminuição permanente da integridade física, salvo quando houver uma exigência médica.

Art. 13, Código Civil:

“Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

<sup>111</sup> CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Consentimento informado no exercício da Medicina e tutela dos direitos existenciais*: uma visão interdisciplinar, op. cit., p. 101.

<sup>112</sup> A nossa melhor jurisprudência caminha nessa trilha: “É incabível a internação forçada de pessoa maior e capaz sem que haja justificativa proporcional e razoável para a constrição da paciente. Ainda que se reconheça o legítimo dever de cuidado e proteção dos pais em relação aos filhos, a internação compulsória de filha maior e capaz, em clínica para tratamento psiquiátrico, sem que haja efetivamente diagnóstico nesse sentido, configura constrangimento ilegal” (STJ, Ac. 3ª T., HC 35.301/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 13.9.2004, p. 231).

<sup>113</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 268.

A fórmula utilizada pelo citado dispositivo legal indica que, não havendo redução permanente da integridade física, é possível a prática de diferentes atos de disposição corporal – como decorrência da autonomia privada.

Exemplificativamente, nota-se a possibilidade de utilização de tatuagens, *piercings* e do chamado *bodyart*, conforme a manifestação cultural e estética de cada pessoa. Por motivos ligados ao padrão interno de beleza, por homenagem a determinadas pessoas, por maneira de expressão de posicionamentos pessoais..., enfim por qualquer razão é possível ao ser humano se tatuar ou colocar *piercings*. Aliás, não se olvide que diversas tribos indígenas, de há muito, conferiam alto valor às tatuagens.

Já se noticia, até mesmo, curiosas formas de expressão artística corporal, como no caso de uma estudante paulistana de artes plásticas que resolveu tatuar o próprio corpo com manchas pretas, imitando o couro de uma vaca holandesa malhada. Segundo consta do relato da jovem, o projeto corporal teve por finalidade protestar contra a incapacidade do ser humano de digerir novas ideias: “Não digerimos bem as ideias que recebemos de filmes, livros, jornais; as vacas, ao contrário, digerem o bolo alimentar duas vezes”.<sup>114</sup>

Não se pense, contudo, a partir de uma interpretação literal do texto legal, que a Lei Civil estaria por autorizar a diminuição não permanente da integridade física. Lembre-se que a tutela da dignidade humana serve como parâmetro interpretativo do referido art. 13 do *Codex*, obstando a prática de atos que gerem restrição não permanente atentatória à dignidade do ser humano. Impede-se, assim, que uma empresa possa inserir chips em seus funcionários para controlar os seus passos durante a jornada de trabalho.

A outro giro, também não é possível radicalizar a compreensão de que a diminuição da integridade física somente é autorizada por força de *exigência médica*. Efetivamente, a prática de cirurgias plásticas com finalidade embelezadora, puramente estética, vem demonstrando, largamente, que a intervenção no corpo humano não decorre, *somente*, de exigência médica. O cotidiano revela ser extremamente comum cirurgia plástica para levantamento ou aumento de mamas, através de silicone. Até porque, muita vez, a cirurgia embelezadora decorre de inúmeros fatores pessoais ( vaidade, senso estético, autoestima etc.), *menos de uma necessidade médica...*

Ademais, bem lembra ANDERSON SCHREIBER que “no fim da década de 90, o cirurgião Robert Smith amputou as pernas de dois pacientes fisicamente saudáveis, em um hospital na Escócia, suscitando o furor da imprensa britânica. Pois Smith alegou atender à ‘exigência médica’ de encerrar o sofrimento daqueles pacientes que, segundo o cirurgião, se encontravam em um tal estado de desespero que seriam capazes de promover automutilação ‘em uma linha de trem’ [...], com sérios risco de vida para si e para terceiros. Vê-se que o critério da exigência médica, visto por juristas com certo temor reverencial, pode assumir, muitas vezes, contornos tão flexíveis quanto os que caracterizam uma eventual alusão à exigência médica, com interpretações e nuances

<sup>114</sup> SCHREIBER, Anderson. “Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002”, op. cit., p. 240.

tão múltiplas quanto as que decorrem das próprias normas que procuram regular a dramática questão da disposição do próprio corpo”.<sup>115</sup>

### c) A questão dos transplantes e a proteção da integridade física

As partes do corpo humano, vivo ou morto, integram a personalidade humana, caracterizando coisa *extra commercium*, vedando-se, por conseguinte, todo e qualquer ato de disposição a título oneroso, como bem deliberou o Texto Constitucional (CF/88, art. 199, § 4º, e Lei nº 9.434/97, art. 1º). Entretanto, são admitidos atos de disposição de partes do corpo humano, vivo ou morto, a título gratuito, se não causar prejuízo ao titular e tendo em vista um fim terapêutico, altruístico ou científico (CC, arts. 13 e 14).

Fixando didaticamente, “é possível juridicamente a disposição gratuita de partes destacáveis do corpo humano, renováveis (leite, sangue, medula óssea, pele, óvulo, esperma, fígado) ou não, para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos ou terapêuticos”, consoante a lição de MARIA HELENA DINIZ,<sup>116</sup> e desde que o ato seja praticado a título gratuito, dentro das limitações impostas por lei.

Urge diferenciar o transplante de órgãos humanos entre pessoas vivas e o transplante de órgãos *post mortem*, de modo a perceber as peculiaridades de cada uma das possibilidades.

O art. 9º da Lei nº 9.434/97 permite à pessoa maior e capaz dispor, em vida, de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo, dès que *gratuitamente*,<sup>117</sup> para finalidades terapêuticas ou para transplantes. O referido ato de disposição do corpo somente é permitido, obviamente, se não importar risco para a vida ou saúde do titular. Por isso, somente as partes renováveis ou órgãos duplos podem ser objeto de doação em vida.

Naturalmente, o transplante entre pessoas vivas depende de expresse consentimento do titular e, tratando-se de ato de vontade, é plenamente revogável. Por outro lado, em se tratando de incapaz, será mister autorização judicial, ouvido o Ministério Público, de modo a preservar os interesses do incapaz.

Em vida, a dação de órgãos pode ser feita livremente pelo titular, por decisão exclusivamente sua. É o que ocorre no exemplo muito comum do transplante de rim. É um verdadeiro gesto de solidariedade humana, necessariamente revestido de caráter gratuito e, preferencialmente, escrito. Por evidente, o órgão ou tecido não deve ser necessário para a vida ou a saúde do doador.

Quando se tratar de transplantes entre pessoas vivas, permite-se ao donatário (*rectius*, dador) escolher o beneficiário do transplante (o destinatário do órgão), dès que se trate de pessoa da própria família. Com isso, evita-se um eventual caráter pecuniário do ato, obstando um comércio de órgãos humanos. Aliás, é exatamente por isso que

<sup>115</sup> SCHREIBER, Anderson. “Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002”, op. cit., p. 246.

<sup>116</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*, op. cit., p. 250.

<sup>117</sup> A comercialização de órgãos humanos está vedada pela Constituição Federal, notadamente no art. 199, § 4º.



se exige do médico, antes de realizar o transplante entre vivos, a comunicação da realização do procedimento ao Promotor de Justiça da comarca do domicílio do doador. Ciente do procedimento, o Ministério Público, então, irá instaurar um procedimento administrativo investigatório para confirmar o respeito aos requisitos legais (Decreto nº 2.668/97, arts. 20 e 25, II). Havendo alguma irregularidade, deve o Promotor de Justiça adotar providências judiciais para impedir o transplante e obstar a formação de um comércio de órgãos humanos. Não se tratando de pessoas da mesma família, exige o art. 9º da Lei nº 9.434/97 uma autorização judicial, após a apuração da inexistência de interesse econômico, exceto quando se tratar de transplante de medula óssea (que, por conta da sua dinâmica, é permitido entre pessoas que não pertencem a um mesmo núcleo familiar).

Bem diverso é o tratamento emprestado pelo legislador ao transplante de órgãos *post mortem*.

No transplante após a morte veda-se que se escolha o beneficiário, delineando um caráter altruístico<sup>118</sup> ao ato, impondo-se obediência à fila de espera criada por lei (Lei nº 9.434/97, art. 2º e parágrafo único, e Decreto nº 2.268/97, art. 24), com o escopo de garantir a universalização da saúde e a igualdade de chances (CF/88, arts. 3º, 5º e 196), mantidas pelas Centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos – CNCDOs, nos diferentes estados da federação. Assim, comprovada a morte encefálica, mediante declaração médica da cessação da atividade cerebral,<sup>119</sup> e havendo consentimento da família da pessoa falecida, através de documento escrito (art. 4º da lei que disciplina a matéria), poderá ser providenciada a retirada de órgãos ou tecidos da pessoa morta, comunicando-se, de imediato, às CNCDOs (Decreto nº 2.268/97, art. 18), para que se possa atender àqueles inscritos na lista, de acordo com a ordem de prioridade e urgência de cada caso.

Sistematizando a *rotina dos transplantes* após a morte do doador: (i) ocorrendo morte encefálica de um paciente, comunica-se o óbito às CNCDOs; (ii) a equipe de captação dirige-se até o nosocômio para realizar exames; (iii) a equipe informa à central as características do paciente-doador; (iv) a partir do perfil do doador, a central realiza levantamento nos candidatos inscritos na lista de espera para a escolha do receptor que necessitar com maior urgência; (v) são realizados exames periciais no receptor para averiguar a compatibilidade e, *in continenti*, realiza-se o transplante.<sup>120</sup>

Importantes discussões estão sendo travadas no que respeita ao momento da morte. Conquanto o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.480/97, tenha deliberado que a morte se materializa (e, por conseguinte, autoriza-se a cessão de órgãos) com a morte encefálica (seguindo entendimento do Comitê da Universidade de Harvard, datado de 1968), há, hodiernamente, forte resistência na comunidade médica

<sup>118</sup> Adverte FÁBIO ULHOA COELHO que o beneficiário da doação de órgãos *post mortem*, por não se admitir escolha, pode ser, até mesmo, um desafeto da pessoa morta. Cf. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 202.

<sup>119</sup> Exige-se que os prontuários médicos contendo os resultados ou laudos dos exames relacionados aos diagnósticos que concluíram pela morte encefálica, bem como detalhando os procedimentos e atos cirúrgicos relativos ao transplante, sejam mantidos em arquivos da instituição pelo prazo mínimo de cinco anos.

<sup>120</sup> Assim, SAUWEN e HRYNIEWICZ. *Direito “in vitro”*: da Bioética ao Biodireito, op. cit., p. 142.



e em geral. Exemplificando a necessidade de compreensão da matéria por outros prismas, REGINA FIÚZA SAUWEN e SEVERO HRYNIEWICZ lembram o caso da esquiadora norueguesa que, em março de 1999, após permanecer durante uma hora e meia soterrada no gelo, foi declarada clinicamente morta, afirmada sua morte encefálica, vindo, posteriormente, por insistência do chefe da equipe médica, a ser reanimada, conseguindo, inclusive, voltar a esquiar.<sup>121</sup>

Um outro relevante problema atinente aos transplantes por morte diz respeito à validade e eficácia da manifestação de vontade do titular, ainda vivo, acerca da sua condição de doador de órgãos. Pois bem, trazendo uma nova dicção para o art. 4º da Lei nº 9.434/97 e modificando a regra inicialmente estabelecida, a Lei nº 10.211/01 não mais admitiu a chamada doação presumida<sup>122</sup> de órgãos e tecidos *post mortem*, passando a exigir, para a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano de pessoas falecidas, a autorização do cônjuge (ou, por evidente, do companheiro) ou do parente próximo. Ou seja, segundo o texto legal, a realização de transplante *post mortem* depende da *autorização dos familiares do falecido*.

Diferentemente, porém, o art. 14 do Código Civil estabelece ser “válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. Evidencia, portanto, que a disposição do corpo para depois da morte depende, basicamente, da *manifestação de vontade do próprio titular* – e não de seus familiares. Por isso, FÁBIO ULHOA COELHO asseverou que “qualquer pessoa, em vida, pode manifestar a expressa vontade de *não ser doadora*, hipótese em que a retirada de órgãos, tecidos ou partes não se realizará nem mesmo com a autorização do familiar. A lei reconhece plena eficácia a esse ato, *apesar do egoísmo ímpar*”.<sup>123</sup>

Como se nota, as normas estão em aparente rota de colisão.

Pois bem, procurando harmonizar os citados dispositivos legais (o art. 4º da Lei de Transplantes e o art. 14 do Código Civil), conclui-se que, havendo manifestação de vontade do titular, ainda vivo, no sentido de ser, ou não, doador de órgãos, há de ser respeitada. Apenas na hipótese de o titular não ter declarado a sua vontade é que os familiares deliberam após o seu óbito. Essa solução foi abraçada, inclusive, pelo Enunciado 277 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 277, Jornada de Direito Civil:

“O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

<sup>121</sup> SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *Direito “in vitro”: da Bioética ao Biodireito*, op. cit., p. 141.

<sup>122</sup> Continuam adotando o sistema da doação presumida de órgãos os ordenamentos jurídicos da Áustria, França, Polônia, Dinamarca e Suíça. O novo sistema brasileiro (consentimento presumido fraco ou consentimento *sui generis*) é o mesmo adotado na Espanha, Itália, Noruega e Suécia.

<sup>123</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 199.

Demais de tudo isso, pontue-se a lógica possibilidade de revogação, a qualquer tempo, da vontade de dispor do corpo para depois da morte, como alude o parágrafo único do próprio art. 14 da Lei Civil.

Frise-se que não há que se confundir transplante com enxerto ou implante. Transplante é a amputação ou ablação de órgão, com função própria, de um organismo para ser instalado em outro, no qual atenderá às mesmas funções. É o exemplo do transplante de córnea ou coração de uma pessoa que morreu em outra. Já o enxerto é a retirada de uma porção orgânica para ser instalada no mesmo organismo ou em outro, com o propósito de atender a funções estéticas ou terapêuticas, sem exercer funções autônomas. A outro giro, o implante se caracteriza pela integração de tecidos mortos ou conservados no corpo de alguém. A norma legal acerca da matéria, contudo, não diferencia um de outro, submetendo todas as modalidades ao mesmo regramento.

Por derradeiro, observe-se ser vedada a retirada de órgãos *post mortem* se o falecido não for identificado por qualquer dos documentos elencados nos §§ 1º a 6º do art. 14 do Decreto nº 2.268/97, conforme estabelecido nos arts. 5º e 6º da Lei nº 9.434/97.

***d) A proteção da integridade física e a cirurgia de transgenitalização (mudança de sexo). O direito do transexual à mudança de seu registro civil de nascimento***

Questão interessante diz respeito à possibilidade de realização, em transexuais, da cirurgia de redesignação de estado sexual, apelidada de cirurgia de “mudança de sexo”.<sup>124</sup>

De saída, convém ressaltar que o transexual não pode ser confundido com o homossexual, o bissexual, o intersexual (também conhecido como hermafrodita) ou mesmo com o travesti.<sup>125</sup> O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico.

A leitura fria da regra esculpida no art. 13 do Código Civil pode fazer crer que existe uma proibição de que se realize o citado ato cirúrgico de transgenitalização, muito embora essa suposta proibição violente a garantia da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente assegurada.<sup>126</sup> Bem por isso, a leitura atenta do dispositivo legal, à luz das

<sup>124</sup> Em excelente opúsculo dedicado ao tema, o civilista paranaense ELIMAR SZANIAWSKI esclarece que a técnica cirúrgica realizada no transexual pode ser resumida do seguinte modo: “O paciente masculino sofre a amputação de seu falo e testículos, sendo construído, no seu lugar, uma neovagina, mediante a utilização de pele escrotal. São-lhe criadas mamas de silicone, e os demais atributos femininos secundários são adquiridos mediante aplicação da terapia hormonal” (*Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, op. cit., p. 83).

<sup>125</sup> ARNALDO JABOR, em crônica dedicada aos travestis, afirma achar “os travestis figuras shakespearianas, de grande dramaticidade, centauros urbanos, corajosos, encarnando duas vidas num corpo só”, deixando antever uma evidente distinção com o transexual que, por seu turno, não utiliza duplamente o seu corpo. Cf. *Amor é prosa, sexo é poesia*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 170.

<sup>126</sup> Entendendo que o art. 13 do Estatuto Civil proíbe a ablação de órgãos do corpo humano em transexuais, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 164. Contrariamente, destacando, ao nosso ver acertadamente, não existir qualquer dúvida “quanto à legalidade da operação de mudança de sexo”, confira-se a lição de FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 204.

garantias fundamentais constitucionais, conduz à conclusão de que, sendo caso de *necessidade médica*, o sistema legal está permitindo a cirurgia de mudança de sexo, nos casos de transexualismo. Nessa toada, afirma o Enunciado 276 da Jornada de Direito Civil: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”.

Ora, todo ser humano tem a sua dignidade afirmada constitucionalmente, sendo possuidor de um *direito à integridade física e psíquica*.<sup>127</sup> “Colocando na balança os bens e interesses do transexual, em relação às vantagens ou desvantagens trazidas pela intervenção cirúrgica, na modificação de seu sexo morfológico, parece-nos que a mesma pende favoravelmente para as terapias de mudança de sexo, inclusive a cirúrgica, pois será *somente através desta que o paciente transexual encontrará o equilíbrio emocional, livrar-se-á das angústias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade*”, como destaca ELIMAR SZANIAWSKI.<sup>128</sup>

Interessante digressão é feita por MARIA BERENICE DIAS, salientando que o “processo transexual começa com o vestir-se como o outro sexo, passa por tratamento hormonal e terapêutico e termina com inúmeras cirurgias. *Não é um processo passageiro. É a busca consistente de integração física, emocional, social, espiritual e sexual, conquistada com muito esforço e sacrifícios por pessoas que vivem infelizes e muitas vezes depressivas quanto ao próprio sexo*”.<sup>129</sup>

Exatamente por isso, o Conselho Federal de Medicina – CFM editou a Resolução nº 1.955/10, revogando a Resolução nº 1.652/02, permitindo, independentemente de autorização judicial, a realização de cirurgias de mudança de sexo (transgenitalização), em casos de transexualismo comprovado, fixando rígidos critérios: o paciente deve ser maior de 21 anos, não deve possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia e deve ter diagnóstico médico de transgenitalismo, indicando o cabimento da cirurgia, após avaliação realizada por uma equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social durante o período mínimo de dois anos.

Se a cirurgia for de adequação de fenótipo feminino para o masculino, só poderá ser praticada em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa. Entretanto, se pretende adequar o fenótipo masculino para o feminino, poderá ser realizada em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa, conforme as diretrizes da Resolução CFM nº 1.955/10. Em ambas as hipóteses, o procedimento cirúrgico *independentemente de autorização judicial*.

De fato, havendo desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição de fenótipo, há de se reconhecer, como o fez o órgão de classe médico, os benefícios da modificação do estado sexual, que exerce função terapêutica e respeita a dignidade humana.

<sup>127</sup> O Enunciado 6 da Jornada de Direito Civil emprestou interpretação razoável ao mencionado dispositivo legal: “A expressão exigência médica contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.

<sup>128</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, op. cit., p. 94. Com o mesmo raciocínio, ANA PAULA ARISTON BARION PERES. *Transexualismo: o Direito a uma nova identidade sexual*, op. cit., p. 261 ss.

<sup>129</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, op. cit., p. 123.

Em outras palavras, o transexual tem direito (constitucionalmente garantido) à integridade física e psíquica e, por conta disso, poderá submeter-se à cirurgia de readequação sexual, independentemente de autorização judicial. Pensar de forma diversa seria negar-lhe o direito à própria felicidade, condenando a conviver com uma desconformidade físico-psíquica, que, sem dúvida, afeta o seu direito a uma vida digna.

Por isso, realizada a cirurgia de mudança de sexo, resta à Ciência Jurídica readequar o estado sexual registral e o nome do (ex)transexual, modificando o registro público respectivo. O pedido deve ser feito através de procedimento especial de jurisdição voluntária perante o juízo de Família<sup>130</sup> (por se tratar de questão de estado e não de mera retificação de registro), ouvido o Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*). Em tal hipótese, a competência para processar e julgar o pedido é absoluta e pode ser declarada de ofício.

Apesar de alguns focos de resistência, felizmente ultrapassados, a orientação jurisprudencial que prevalece contemporaneamente é, sem dúvida, no sentido de permitir a redesignação do estado sexual e do nome, no caso de cirurgia de mudança de sexo (transgenitalização), sem qualquer referência ao *status* anterior da pessoa. Vejam-se, nessa tocada, importantes decisões das Cortes de Justiça fluminense e baiana sobre a matéria, confirmando a tese aqui esposada:

“Passando, a pessoa portadora de transexualismo, por cirurgia de mudança de sexo, que importa a transmutação de suas características sexuais, é de ficar acolhida a pretensão de retificação do registro civil, para adequá-lo à realidade existente. A constituição morfológica do indivíduo e toda a sua aparência sendo de mulher, alterado que foi, cirurgicamente, o seu sexo, razoável que se retifique o dado de seu assento para ‘feminino’ no registro civil. O sexo da pessoa, já com o seu prenome mandado alterar para a forma feminina, no caso concreto considerado, que é irreversível, deve ficar adequado, no apontamento respectivo, evitando-se, para o interessado, constrangimentos individuais e perplexidade no meio social” (TJ/RJ, Ac. 16ª Câ. Cív., Ap. Cív. 16591/2002, Rel. Des. Ronald Valladares, DORJ 12.6.2003, *Revista Jurídica* 309: 139).<sup>131</sup>

“Alteração do nome e do sexo. Transexualismo. Procedimento cirúrgico de transgenitalização realizado. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo e ao nome em virtude da realização da cirurgia de redesignação sexual” (TJ/BA, Ac.

<sup>130</sup> Também assim, LEONI LOPES DE OLIVEIRA esclarece não se tratar de “mera retificação de registro civil”, dizendo respeito a verdadeira alteração do estado individual, afastando-se, por conseguinte, a competência da vara de registros públicos e fixando a competência (absoluta) da vara de família. Cf. *Novo Código Civil Anotado*, op. cit., p. 65.

<sup>131</sup> Também a Corte paulista já teve oportunidade de confirmar essa linha de pensamento: “Registro civil. Pedido de alteração do nome e do sexo formulado por transexual primário operado. Desatendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento. Nome masculino que, em face da condição atual do autor, o expõe ao ridículo, viabilizando a modificação para aquele pelo qual é conhecido (Lei 6.015/73, art. 55, parágrafo único, c.c. o art. 109). Alteração do sexo que encontra apoio no art. 5º, X, da Constituição da República. Recurso provido para se acolher a pretensão” (TJ/SP, Ac. Unân., 5ª Câ. – Seção de Direito Civil, Ap. Cív. 165.157.4/5, Rel. Des. Boris Kauffmann, j. 22.3.2001).

Unân., 3ª Câ. Cív., Ap. Cív. 31.844-5/06 – Comarca de Vitória da Conquista, Rel. Des. Sinésio Cabral Filho).

E não apenas as Cortes Estaduais de Justiça vêm autorizando a alteração do nome e do sexo, no caso de transexualismo. Também o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de admitir a mudança, ao homologar uma sentença estrangeira, na qual um transexual havia obtido a modificação do nome e do estado sexual junto à justiça italiana. Trata-se do Processo SE 1058 – Itália, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 16.8.2006. Na oportunidade, destacou o Ministro relator – após citar precedentes dos Pretórios do Amapá, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo – que o fundamento da mudança do sexo e do nome reside na tutela constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa humana.

Na Corte Superior, aliás, o entendimento está completamente pacificado em sua jurisprudência, como se pode notar:

“Direito Civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade...

Conservar o ‘sexo masculino’ no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em

vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei nº 6.015/73.

Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar”.

Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1008398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2009, DJU 18.11.2009).

Ressalte-se que o fundamento autorizador da permissão de mudança do estado sexual no registro civil, após a cirurgia de transgenitalização, é de ordem constitucional, buscando assegurar a preservação da dignidade humana e da igualdade substancial, diretrizes da Carta Maior brasileira.

Não é por outro motivo que o Comitê Olímpico Internacional – COI permitiu que transexuais operados possam competir em modalidades esportivas olímpicas, após a regulamentação jurídica de seu estado sexual e a realização de dois anos de terapia hormonal.<sup>132</sup>

Exige-se do jurista contemporâneo, para casos como esse, soluções que respeitem a dignidade humana, superando uma visão embaçada pelo preconceito, evitando que os direitos humanos possam ser negados.<sup>133</sup> Não se pode admitir que, sob o manto protetivo da Carta de 5 de outubro de 1988, ainda possa existir discriminação a alguém somente pelo fato sexual. Isso importaria em subverter os próprios direitos humanos e negar as garantias fundamentais. Bem por isso, já se disse, em palavras candentes:

<sup>132</sup> A notícia foi veiculada pelo *Jornal do Brasil*, 18.5.2004, p. C5.

<sup>133</sup> GUSTAVO TEPEDINO relata o caso do transexual Juracy que, depois de mais de dez anos de vida conjugal na Dinamarca com um francês com quem convivia maritalmente, inclusive com filho adotado, veio visitar seus familiares no interior da Bahia, decidindo, aqui no Brasil, adotar “à brasileira” um outro filho (um menor abandonado em situação de miséria), que foi registrado como se filho do casal fosse. Juracy veio a ser presa no aeroporto do Rio de Janeiro e, absurdamente, conduzida ao pavilhão masculino do Presídio de Água Santa, onde permaneceu até que a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região veio a absolvê-la. A sua família, no entanto, já estava desestruturada e a sua intimidade devassada e exposta à mais degradante humilhação. Cf. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 61-62.



“É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem à raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas [...] O direito à identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana [...] é o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo”.<sup>134</sup>

Tramita, inclusive, no Congresso Nacional, um projeto de lei (PL-70B, de autoria do Deputado José Coimbra) que pretende esclarecer a licitude do procedimento cirúrgico de mudança de sexo, além de contemplar, expressamente, a possibilidade de averbação do novo sexo, vedando a emissão de certidão (sigilo de registro) com referências ao estado anterior ou à origem cirúrgica, exceto por requisição do interessado ou ordem judicial.

Merece registro, apenas, um tormentoso problema que ocorrerá se o transexual, que obtiver a modificação em seu registro civil, eventualmente, tinha filhos ou tinha sido casado anteriormente, em razão da natural dificuldade em conceber como deverão ficar os registros civis de sua prole e o seu estado civil. Trata-se de problema que deverá ser solucionado no caso concreto, a partir do acompanhamento médico e psicológico determinado pelo Conselho Federal de Medicina, com o balizamento da Bioética.<sup>135</sup>

#### *e) O princípio da autonomia do paciente e os seguidores da religião Testemunhas de Jeová*

Ninguém pode ser compelido a submeter-se a tratamento médico de risco, como dispõe o art. 15 do Código Civil, consagrando o princípio da autonomia do paciente (consentimento informado), impondo aos profissionais de saúde que não atuem sem anterior autorização do próprio interessado.

Surge, então, um importante questionamento relativo à recusa a um tratamento médico por motivações diversas. Seria possível ao paciente recusar determinado tratamento médico por alguma convicção pessoal? Exemplificativamente, poderia alguém recusar uma cirurgia contra determinado mal por conta de um perigo de impotência sexual futura?

A questão vem assumindo enorme importância prática e despertando apaixonados debates teóricos, não sendo raras as dramáticas situações vivenciadas por pessoas que se recusam em submeter-se a procedimentos médicos por conta de suas convicções religiosas.

É o significativo e eloquente exemplo dos seguidores da Igreja Testemunhas de Jeová que, por força de crença religiosa (cuja liberdade é assegurada constitucionalmente

<sup>134</sup> Trecho do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ac. 3ª Câ. Civ., Ap. Civ. 593.110.547, Rel. Des. Luiz Gonzaga Pilla Hofmeister, j. 10.3.1994.

<sup>135</sup> Considerando a dificuldade natural da hipótese, a legislação alemã e a sueca vedam a redesignação sexual quando a pessoa é casada ou tem filhos, como relata MARIA HELENA DINIZ. Cf. *O estado atual do Biodireito*, op. cit., p. 247. Ainda assim, a dificuldade continua presente, pois seria possível objetar em tal hipótese o tratamento diferenciado, questionando se não haveria violação à igualdade substancial constitucional.



como garantia fundamental), justificando a sua postura nas passagens bíblicas do Gênesis (9, 3 a 5), Levítico (17, 10) e Atos (15, 20), não admitem o recebimento de transfusões de sangue.

Pois bem, a questão é extremamente intrincada, envolvendo direitos personalíssimos de fundamento constitucional: o direito à vida digna, o direito à integridade física e a liberdade de crença.

Sem dúvidas, o debate envolve aspectos transcendentais, não podendo ser restrito, em raciocínio simplório, à afirmação do direito à vida física, por envolver, também, o direito (constitucionalmente assegurado) à liberdade de crença (ou de não ter crença) e de autodeterminação religiosa.

Sopesados, cuidadosamente, os valores presentes na questão, é de se reconhecer a possibilidade de tal recusa à realização de procedimentos médicos que envolvam a prática de atos hematológicos. É que se explicita, no particular, um verdadeiro conflito de valores, impondo-se pesar na balança (técnica de ponderação dos interesses) para descobrir qual o valor que sobrepuja, merecendo proteção acentuada.

É certo e incontroverso que o reconhecimento e o respeito às convicções religiosas (ou à não convicção religiosa), sejam da maioria ou da minoria da população, é aspecto fundamental da personalidade,<sup>136</sup> protegida em sede constitucional pela amplitude do conceito de dignidade humana. Não é demais lembrar que do princípio da dignidade humana – vetor e ápice de todo o sistema jurídico brasileiro – defluem, além do inderrogável respeito à integridade física, as ideias de proteção à integridade psíquica e intelectual e às condições mínimas de liberdade e igualdade, denotando, com clareza meridiana, a necessária tutela à liberdade de credo, cuja violação significa, no final das contas, infringência ao próprio conceito de vida digna. Isto é, no conceito de dignidade humana encontra-se, sem dúvida, a liberdade de religião componente do conceito de vida digna – que, a toda evidência, não pode se restringir a aspectos meramente físicos.

Nessa hipótese específica, a solução que atende mais amplamente à dignidade humana, sem dúvida, deve ser, em linha de princípio, o respeito à liberdade religiosa, à convicção íntima, não sendo razoável uma interpretação literal da norma legal.<sup>137</sup>

*Não é despidiendo registrar que a pessoa humana seguidora da orientação dos Testemunhas de Jeová pretende, tão somente, viver em paz consigo mesmo, com as demais pessoas e com o mundo, tendo respeitada a opção religiosa abraçada.*<sup>138</sup>

<sup>136</sup> Promovendo uma detalhada e precisa análise da situação narrada, GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER, em artigo sobre as nuances dos direitos de minoria, sustentam a licitude da recusa, invocando fundamentos constitucionais, especialmente o direito à convicção religiosa como aspecto fundamental da personalidade humana. Cf. “Minorias no direito civil brasileiro”, op. cit., p. 144.

<sup>137</sup> Disso não discorda o magistrado pernambucano SÍLVIO ROMERO BELTRÃO, para quem “mesmo por razões religiosas, deve-se respeitar a autonomia do paciente. Não cabe ao leigo, mesmo que ele seja profissional da área de saúde, desconsiderar ou minimizar os valores de ordem religiosa do paciente, diante dos mais elevados interesses profissionais” (*Direitos da personalidade*, op. cit., p. 115).

<sup>138</sup> Em trabalho dedicado ao tema, o saudoso constitucionalista CELSO RIBEIRO BASTOS percebe a simples busca da realização pessoal na convicção religiosa dos que seguem a crença das Testemunhas de Jeová, concluindo ser de índole constitucional a sua recusa à transfusão de sangue. Cf. “Direito de recusa de pacientes

Nesse passo, há o comovente relato de um caso em que o médico, no Paraná, promoveu a transfusão de sangue em determinada parturiente, contra a vontade dela e de seu marido, que recusavam o tratamento hematológico por motivos religiosos, vindo a paciente, após a alta médica, a sofrer o repúdio de sua comunidade, não sendo, sequer, aceita em seu lar pelo cônjuge, nem permitido que pudesse frequentar a sua Igreja.<sup>139</sup>

A questão, todavia, depende fundamentalmente do caso específico, não sendo possível estabelecer soluções apriorísticas. À luz da técnica de ponderação de interesses, é possível, então, apresentar importantes elementos conclusivos: se o paciente é maior e capaz e está em situação de absoluta normalidade (programando, por exemplo, um procedimento cirúrgico que deve ser realizado dentro de certo prazo, oportunidade em que ele não quer receber sangue), parece-nos que deve prevalecer a sua liberdade de crença. De nada adiantaria transfundir sangue e tornar a sua vida indigna, retirando dele a beleza de viver em paz consigo, com o mundo e com as suas convicções.

A mesma ponderação, contudo, pode se inclinar por soluções diversas. Em se tratando de pessoa incapaz (menor de idade, por exemplo) ou de pessoa em situação de emergência, já não se justifica a solução aqui preconizada. Ora, faltando maturidade suficiente para escolher uma opção religiosa, com todas as suas consequências, a solução já não pode ser a mesma. De outra banda, como adverte GABRIELA LOPES DE ALMEIDA, “em casos de emergência (nos quais não há possibilidade de manifestação válida e livre de vontade) deverá ocorrer a intervenção médica”, pois, nesse caso, sobrepuja a manutenção da vida do paciente.<sup>140</sup> Aliás, a Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina e os arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica autorizam os médicos a praticar a transfusão de sangue em seus pacientes, independentemente de consentimento, se houver iminente perigo de vida.

O debate, portanto, envolve a Bioética e a solução que deve vingar depende do caso concreto, não podendo prevalecer a ideia de que o direito à liberdade religiosa cede à indisponibilidade do direito ao corpo, apesar da induvidosa inclinação jurisprudencial nesse sentido.<sup>141</sup>

Vale registrar, inclusive, que Tribunais norte-americanos e canadenses reconhecem o direito à convicção religiosa como suficiente para deliberar acerca do tratamento médico, entendendo que o direito constitucional à liberdade inclui o direito à crença religiosa.

---

submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas”, op. cit., p. 496.

<sup>139</sup> A referência é de MIGUEL KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, op. cit., p. 183.

<sup>140</sup> ALMEIDA, Gabriela Lopes de. “Direito de recusa a tratamento transfusional em face de convicção religiosa como garantia constitucional”, op. cit., p. 169.

<sup>141</sup> A posição ainda prevalecente em nossos Pretórios é no sentido de autorizar o procedimento transfusional em qualquer hipótese, mesmo existindo objeção por convicção religiosa do paciente-interessado. Veja-se, a respeito, a posição predominante: “Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares” (TJ/RS, Ac. 5ª Câmara, Ap. Cív. 70020868162 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 22.8.2007, DJ/RS 29.8.2007).

E em nosso país, embora a jurisprudência majoritária – repita-se – se posicione em favor do procedimento transfusional forçado, já há decisões isoladas cuja motivação se harmoniza, perfeitamente, com o que, aqui, é sustentado. Ilustrativamente, já se disse, em belo provimento judicial, que “detendo o paciente a capacidade civil e estando consciente das implicações e da gravidade da situação, entendo que a recusa em se submeter à transfusão sanguínea em face de suas crenças religiosas é *um direito que lhe assiste, ainda que haja risco de morte. Isto porque a liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, alcançando também a possibilidade do indivíduo adepto a determinada religião orientar-se segundo as posições por ela estabelecidas. Vale ressaltar, entretanto, que quando a situação envolve menores de idade ou outros pacientes tidos como incapazes, a exemplo de uma pessoa em estado de inconsciência ou de uma pessoa detentora de alguma perturbação mental, a questão ganha evidentemente outra conotação*” (decisão proferida pela Juíza Federal LUCIANA LAURENTI GHELLER, em 18.2.2009, nos autos da Ação Cautelar Inominada 2009.35.00.003277-7, Seção Judiciária do Estado de Goiás).

Com toda certeza, entender que a liberdade de religião (ou de não ter religião) deve ser sacrificada em respeito à intangibilidade do direito à vida e ao corpo humano é *desconsiderar outro aspecto fundamental e igualmente indisponível da personalidade, que é a liberdade de crença*, nas precisas palavras de GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER.<sup>142</sup> Daí a conclusão de GABRIELA LOPES DE ALMEIDA: “Os seguidores da orientação das Testemunhas de Jeová, dêis que maiores de idade e capazes (isto é, conscientes de seu ato), têm o direito de recusar tratamento que envolva transfusão de sangue, acaso não exista risco de vida, não podendo o médico intervir e impor tratamento transfusional. Ao revés, estar-se-ia negando, frontalmente, o direito constitucional à liberdade de crença e fé, impondo-lhes adequar-se à orientação da maioria da população”.<sup>143</sup>

Não considerar esses relevantes aspectos seria desprezar uma compreensão mais elástica da personalidade, na qual se inclui, inexoravelmente, a intelectualidade humana, para represá-la apenas na dimensão física da pessoa.

Independentemente de qualquer outro aspecto, é certo que o paciente, seguidor da religião dos Testemunhas de Jeová, ao procurar assistência médica ou hospitalar busca, seguramente, minimizar a dor e o sofrimento que lhe aflige, obtendo cura para a sua patologia, mas sem qualquer afronta à sua dignidade e, seguramente, sem ter a obrigatoriedade de receber transfusão de sangue.

Bem por isso, mesmo para quem não acate integralmente a posição aqui esposada, é fundamental reconhecer que os Testemunhas de Jeová possuem o inescandível direito a um tratamento alternativo, sem o sistema transfusional, inclusive com componentes sanguíneos, impondo ao Poder Público ou aos planos/seguros de saúde a obrigatoriedade de fornecer possibilidade alternativa de cuidado e de cura. Nesse passo, lembra SÍLVIO ROMERO BELTRÃO que a posição dos seguidores dessa religião “*não proíbe de modo absoluto o uso de componentes sanguíneos com albumina e os preparativos para hemofílicos, além*

<sup>142</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “Minorias no direito civil brasileiro”, op. cit., p. 144.

<sup>143</sup> ALMEIDA, Gabriela Lopes de. “Direito de recusa a tratamento transfusional em face de convicção religiosa como garantia constitucional”, op. cit., p. 175.

de circulação extracorpórea e a hemodiálise, cabendo a cada uma delas (testemunha) decidir individualmente se deve aceitar este tipo de tratamento”.<sup>144</sup>

**f) A integridade física e a possibilidade de gestação em útero alheio (“barriga de aluguel”)**

Gestação em útero alheio ou gestação por outrem<sup>145</sup> (*surrogate mother* para os ingleses) é a técnica utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente, biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um embrião – resultante de fecundação com o seu óvulo – gestado em útero de terceira pessoa. Enfim, é o procedimento que viabiliza a maternidade a determinadas pessoas às quais a procriação natural não se mostra viável.

Apesar das contundentes objeções da Igreja Católica,<sup>146</sup> o Conselho Federal de Medicina – CFM editou a Resolução nº 1.957/10 autorizando o profissional médico a realizar a gestação em útero alheio, respeitados importantes requisitos: (i) a maternidade por substituição deverá efetuar-se entre parentes até o segundo grau (mãe e filha, avó e neta ou irmãs), devendo os demais casos ser submetidos à prévia anuência do Conselho Regional de Medicina; (ii) a cessão de útero terá, imperativamente, caráter gratuito,<sup>147</sup> vedada a remuneração pelo ato (afastando-se, assim, os nebulosos exemplos de aluguel do corpo humano); e (iii) que tenha finalidade médica a sua aplicação, ou seja, somente é permitida a utilização da técnica por pessoas que, realmente, não podem gestar, afastados os casos em que a mulher não quer ficar grávida por questões estéticas, por exemplo.<sup>148</sup>

Os critérios definidos pela entidade de classe devem ser seguidos no caso concreto, evitando um verdadeiro “comércio de órgãos humanos”. Vale aqui a referência ao caso *Baby M.* Em Nova Jersey (EUA), o casal Elizabeth e William Stern, não querendo levar

<sup>144</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 115.

<sup>145</sup> Essas são as expressões terminológicas mais utilizadas, embora também sejam encontradas outras designações, como *maternidade por sub-rogação*, *mãe por procuração*, *maternidade por substituição*, *cessão de útero* e *mãe por comissão*, além da famosa expressão *barriga de aluguel* ou *mãe de aluguel*, menos próprias em face do caráter econômico que indicam.

<sup>146</sup> A Instrução *Donum vitae* (O Dom da Vida), exteriorizada em 22 de fevereiro de 1987, com a aprovação do Papa João Paulo II, evidencia a rejeição eclesial às técnicas de fertilização medicamente assistida, reputando imprescindíveis para a gestação a existência de relações sexuais entre homem e mulher casados entre si. E, na hipótese de esterilidade, a única solução cabível seria a adoção. Parece, entretanto, que se vem olvidando que o Velho Testamento já fazia referência às mães por substituição, no livro do Gênesis (30-3), narrando o drama de Raquel, em razão de sua infertilidade, descrevendo com minúcias a solução do problema, através da colaboração de outra mulher para o nascimento do filho de Jacó: “Raquel disse a Jacó: – ‘Aqui tens a minha serva [...], vai ter com ela. Que dê à luz sobre os meus joelhos; assim por ela, eu também terei filhos’” (apud MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade*, op. cit., p. 51 ss).

<sup>147</sup> Ponderam, lucidamente, REGINA FIÚZA SAUWEN e SEVERO HRYNIEWICZ que “comerciar bebês, mesmo os ‘produzidos’ nas mais luxuosas clínicas, segundo as mais sofisticadas técnicas da biomedicina, é um atentado contra a dignidade humana” (*Direito “in vitro”: da Bioética ao Biodireito*, op. cit., p. 113).

<sup>148</sup> “Não se aceita, portanto, a utilização desse método apenas por vaidade da mulher que não quer se submeter aos desconfortos da gestação ou em razão de suas atividades profissionais”, como esclarecem DEBORAH CIOCCI ALVAREZ DE OLIVEIRA e EDSON BORGES JR. Cf. *Reprodução Assistida: até onde podemos chegar?*, op. cit., p. 52.

adiante uma gravidez que poderia prejudicá-la profissionalmente, contratou Mary Beth Whitehead para que, fecundada artificialmente com o sêmen dele, lhes entregasse a criança concebida, após o nascimento. Em contrapartida, receberia uma remuneração de dez mil dólares.

Aceitando o procedimento em face de sua situação financeira, Mary Beth, contudo, recusou-se a entregar a criança quando do seu nascimento, alegando que, quando da celebração do contrato, não era capaz de prever o vínculo afetivo que manteria com ela.

Levado o caso à Suprema Corte de Nova Jersey, o Tribunal considerou que o contrato sob remuneração, nesse caso, era, evidentemente, ilegal, reconhecendo o direito da gestante de, a qualquer tempo, mudar de ideia e manter consigo o seu filho, embora tenha mantido a guarda do menor com o pai, reconhecido o direito de visita à “mãe hospedeira”. Assim, deliberou que não haveria de se cogitar de eventual direito daquela cuja participação estava restrita a “fazer a encomenda”. A mãe, portanto, em hipóteses marcadas pela retribuição econômica, é a que gestou o bebê,<sup>149</sup> rejeitando a comercialização do corpo humano e reconhecendo a ilicitude do negócio eventualmente celebrado.

Explicita-se, sem dúvida, com esse entendimento a repulsa do ordenamento jurídico ao caráter oneroso da cessão de útero,<sup>150</sup> somente permitindo a utilização dessa técnica como um recurso para pessoas que não podem levar a termo uma gestação. Em tais hipóteses, atendidas as exigências do CFM, é de se conferir juridicidade à maternidade por substituição.<sup>151</sup>

Aliás, é importante a fixação dos requisitos necessários para a validade do ato inclusive para fins de responsabilização civil das partes, evitando que, eventualmente, as partes envolvidas repudiem, por motivos diversos, a filiação estabelecida. Narram DEBORAH CIOCCI ALVAREZ DE OLIVEIRA e EDSON BORGES JR. que em Michigan (EUA), em 1983, houve o caso de um bebê nascido com microencefalia que foi rejeitado, a um só tempo, pela mãe hospedeira e pelos genitores biológicos.<sup>152</sup> Por isso, respeitadas as exigências do Conselho de Medicina, é de se conferir a maternidade do nascituro àquela que cedeu o material genético.

É de grande importância prática a questão do *registro civil de nascimento* do bebê nascido através de gestação em útero alheio. Não haverá dificuldade se o parto foi realizado pelo mesmo médico que cuidou do procedimento de fertilização. Nesse caso, deverá

<sup>149</sup> Sobre o assunto, com mais profundidade e chegando à mesma conclusão, consulte-se CARLOS NELSON KONDER. “Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida”, op. cit., p. 261.

<sup>150</sup> IMMANUEL KANT, em passagem oportuna, bem observou que “o que tem preço pode ser também reposto por alguma coisa, a título de equivalência; ao contrário, o que é superior a qualquer preço, o que, por conseguinte, não admite equivalente, é aquele que tem uma dignidade”.

<sup>151</sup> Com o propósito de evitar futuros conflitos, afigura-se razoável exigir, também, que a “mãe hospedeira” já tenha filhos seus, conhecendo a experiência da maternidade, estando, assim, mais próxima de um consentimento informado. Com o mesmo pensamento, CARLOS NELSON KONDER. “Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida”, op. cit., p. 264.

<sup>152</sup> OLIVEIRA, Deborah; BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar?*, op. cit., p. 53 ss.

ser procedido regularmente o registro de nascimento com base na declaração fornecida pelo médico, que inscreverá na declaração de nascido vivo (exigida pelo art. 46 da Lei nº 6.015/73) o nome da mãe biológica ou social.<sup>153</sup>

Todavia, se o médico que realizar o parto não for o mesmo que promoveu a fertilização em útero alheio, somente poderá aquele que fez o parto registrar na declaração de nascido vivo o nome da parturiente (mãe hospedeira). Nesse caso, o interessado (a mãe biológica, o pai, o Ministério Público...) ou o próprio Oficial do Registro Civil suscitará procedimento de dúvida (art. 296 c/c os arts. 198 a 204 da Lei nº 6.015/73) ao juiz da Vara de Registros Públicos, que, com o auxílio da prova pericial (DNA) e ouvido o *Parquet*, determinará a inscrição do nome da mãe biológica no registro de nascimento.

Essas orientações, de qualquer sorte, possuem cunho administrativo, não havendo diploma legal acerca da matéria, conquanto a realidade viva reclame regulamentação legislativa, como fizeram inúmeros ordenamentos alienígenas.<sup>154</sup>

**g) A tutela jurídica do corpo humano e a procriação medicamente assistida (reprodução assistida)**

A reprodução medicamente assistida é o gênero do qual podem derivar duas espécies: a *inseminação artificial* e a *fertilização na proveta* (também chamada de fertilização *in vitro* – FIV).

A *inseminação artificial* é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. De outra banda, na *fertilização na proveta* a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados.

Ambas as modalidades técnicas podem se concretizar de forma *homóloga* ou *heteróloga*. Naquela (*homóloga*), utiliza-se de material genético do próprio cônjuge ou companheiro, com a sua expressa anuência. Nesta (*heteróloga*), o sêmen é de terceiro.

Assim, a fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gestação a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades.

Na procriação assistida heteróloga, tem-se a participação de terceiro(s), sempre a título *gratuito* (Resolução nº 1.957/10, CFM). O médico trabalhará com sêmen (e/ou óvulo) de terceira pessoa, realizando a fecundação em laboratório para, em seguida, implantar o embrião no corpo da mulher. Por isso, exige-se a autorização expressa do marido ou companheiro, de modo a viabilizar a procriação assistida na forma heteróloga. Essa autorização – que tem de ser expressa e escrita – possui natureza de

<sup>153</sup> Com o mesmo pensamento, DEBORAH OLIVEIRA e EDSON BORGES JR.. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar?*, op. cit., p. 55.

<sup>154</sup> A título exemplificativo, vale registrar que no direito ianque, os estados de Arkansas e Nevada (*Arkansas Code, section 9-10-201, Act nº 904 of 1985, as amended by Act nº 647 of 1989*) permitem a maternidade por substituição, enquanto a Austrália (Código de Família de 1975 da Austrália do Sul, com as alterações nºs 102/84 e 2/88) e a Noruega (Lei nº 56/94) repudiam, expressamente, tal possibilidade.



verdadeira *adoção prévia*, sendo suficiente para gerar presunção de paternidade, como reza o art. 1.597 do Código Civil. Assim, a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro, é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato.

Ora, considerando o princípio do *anonimato*<sup>155</sup> (também chamado de *sigilo*) do doador de sêmen, proclamado pela Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina, é fácil perceber que o motivo gerador da vedação à utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga em mulheres não casadas ou em união estável foi obstatar o nascimento de filhos sem pai. Isso porque, vedado o conhecimento mútuo entre doadores e receptores, se não fosse casada ou convivente a paciente, o filho nasceria sem poder conhecer o seu pai.

Registre-se, no entanto, que, em interpretação teleológica, seria razoável admitir a fertilização assistida heteróloga em mulheres não casadas (inclusive homossexuais) se houver anuência expressa de terceiro, reconhecendo, no mesmo ato, a perfilhação do nascituro.

Alguns problemas decorrem da utilização das técnicas de procriação assistida medicamente.

O primeiro deles concerne à *conservação criogênica de embriões*.<sup>156</sup> Comumente, ao preparar embriões em laboratório, utilizando-se da fertilização *in vitro*, o profissional da medicina deixa alguns excedentes, sem implantação, com o propósito de utilizá-los na hipótese de eventual insucesso do procedimento. Entretanto, considerando que o procedimento pode ser exitoso, restaria um questionamento: o que fazer com os embriões excedentários (pré-implantatórios)?

A solução é muito mais ética<sup>157</sup> do que jurídica, valendo lembrar a especialíssima natureza do embrião, que traz potencialidade indubitosa de vida humana, não sendo razoável admitir o simples descarte do material genético não utilizado, sem qualquer indagação filosófica. Mantendo o obstáculo criado pela multirreferida Resolução do Conselho Federal de Medicina, o Projeto de Lei nº 90 (art. 14, § 2º), ao regulamentar a matéria, pretende obrigar a transferência de todo o material genético preparado em laboratório para o corpo da mulher, impedindo que fiquem congelados embriões humanos, evitando a concretização do problema.

Vale destacar, pela alta relevância prática, que a eventual concepção utilizando material genético, conservado criogenicamente, após a morte do titular, *não gera direito sucessório*. Ou seja, pela incidência do princípio de *saisine* (CC, art. 1.784), pelo

<sup>155</sup> Destacam DEBORAH OLIVEIRA e BORGES JÚNIOR que o anonimato do doador de sêmen é “eticamente garantido” (*Reprodução assistida: até onde vamos chegar?*, op. cit., p. 33).

<sup>156</sup> A *criopreservação de sêmen* é o ramo da Criobiologia que estuda a conservação dos espermatozoides em nitrogênio líquido à temperatura de -196º, mantida a capacidade de fertilização e desenvolvimento embrionário iniciais por prazo indeterminado, indefinido.

<sup>157</sup> A *Bioética*, transcendido o caráter meramente ecológico da expressão, imaginada, inicialmente, como a “ciência da sobrevivência”, marca, exatamente, esse conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre, especificamente, as práticas médicas, a partir de perspectivas multidisciplinares (ou melhor, *multirreferenciais*).



qual a capacidade sucessória é reconhecida apenas a quem tem personalidade no momento da abertura da sucessão (morte do autor da herança), aquele que foi concebido após o óbito não terá direito sucessório, muito embora possa ver reconhecida a paternidade judicialmente.

Outro problema diz respeito à possibilidade de responsabilização da clínica por deficiências ou patologias congênitas, provenientes do sêmen fornecido. *Prima facie*, convém afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor quanto à caracterização de vício ou defeito do produto (CDC, arts. 12 e 18), obstando a “coisificação” da pessoa humana,<sup>158</sup> que não pode ser compreendida como um mero “objeto de contrato”. De qualquer maneira, a Resolução CFM nº 1.957/10 estabelece a responsabilidade das clínicas pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano. E, além disso, é possível cogitar da incidência do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à responsabilidade civil do profissional liberal, em face da atuação culposa do médico, eventualmente faltando com o necessário zelo profissional. Importante registrar que não se trata de vício em produto, mas de defeito na obrigação médica de prestação de serviços.

De qualquer sorte, é mister chamar a atenção para a necessidade de estabelecer limites à atividade científica, dentro de uma expectativa ética. Não é à toa que o preclaro escritor baiano, de Itaparica, JOÃO UBALDO RIBEIRO, em seu *O Sorriso do Lagarto*, de 1989,<sup>159</sup> relatava os pesadelos e problemas que afligiam o protagonista, por conta de experimentações biológicas, alertando para o fato de que o ser humano não pode ser reduzido a uma parte de biomassa, utilizando a tecnologia em seu total e exclusivo benefício.

Melhor esclarecer, como bem faz SÉRGIO FERRAZ, que “nem tudo o que é cientificamente possível pode ser autorizado”,<sup>160</sup> realçando a necessidade de que sejam impostos limites éticos à atividade científica, obstando que a pessoa humana possa ter aviltada a sua imprescindível dignidade.

#### ***h) A proteção da integridade física e a situação dos wannabes (ou apotemnófilos)***

Diversos atos de disposição do corpo, como tatuagens e *piercings*, afiguram-se como manifestações de livre desenvolvimento da personalidade humana, fruto de opções pessoais e culturais, já arraigadas a diferentes civilizações, como visto anteriormente. Não se poderia esquecer o exemplo clássico da circuncisão judaica. Em tais hipóteses,

<sup>158</sup> Também com esse entendimento, CARLOS NELSON KONDER. “Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida”, op. cit., p. 252.

<sup>159</sup> O próprio JOÃO UBALDO RIBEIRO afirma a respeito dessa festejada obra: “O título é uma metáfora, pois é claro que não há prova científica de que existem lagartos que sorriem. Um canadense, cientista, chegou a me procurar pensando que eu escrevia uma história sobre a evolução dos dinossauros. [...] Mas, *O Sorriso do Lagarto* não se refere necessariamente a uma vingança dos dinossauros e lagartos. E no romance o protagonista nem é o lagarto. *O Sorriso do Lagarto* é um livro que lida com a má administração do tempo que a humanidade passa na Terra. Acho que escrevi, sim, um romance sobre o mal, que fica transparente na atitude de uma grande parte da classe dominante brasileira – ela detesta nosso país, ela detesta o que nós somos e acoberta todas as violências: a mortalidade infantil, a violência nas cidades, a miséria. Quis escrever um livro sobre o adversário que existe em cada um de nós, sobre a figura de Satanás” (Leia, dez. 1989).

<sup>160</sup> FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução, op. cit., p. 76.

imaginar a intervenção do Poder Estatal reprimindo esses atos dispositivos constituiria indubitosa violação da dignidade humana,<sup>161</sup> caracterizada pela intromissão indevida do Estado na convicção particular do cidadão.

É possível, então, indagar a respeito da possibilidade de atos de disposição do corpo humano mais violentos, como a autolesão (*self-injury*) ou a mutilação de partes do corpo, caracterizando verdadeira patologia clínica.

A questão foi tratada de maneira simplória pelo Código Civil, submetida à disciplina dos arts. 13 e 15 do Código Civil e do direito ao desenvolvimento da personalidade e identidade física e psíquica, exigindo solução que assegure a *dignidade humana*.

Aqui reside o problema dos chamados *wannabes* (apotemnófilos ou *amputees-by-choice*), que são aquelas pessoas portadoras de uma incontrolável compulsão pela amputação de um membro específico de seu corpo, em razão do desconforto de estarem presos em um corpo que não corresponde à verdadeira identidade física que gostariam de ter.<sup>162</sup>

Na História, há o exemplo dos *eunucos* chineses que praticavam a ablação do órgão genital, com vistas a servir, de maneira integral, sem qualquer outro pensamento, ao Imperador.<sup>163</sup> Mais recentemente, encontra-se o caso de mulheres (em especial, nos Estados Unidos) que amputam o dedo mínimo do pé para que possam usar salto alto, sem desconforto.<sup>164</sup>

<sup>161</sup> Com idêntico raciocínio, importante fazer referência ao inextinguível texto de CARLOS NELSON KONDER. “O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*”, op. cit., p. 63.

<sup>162</sup> Já se registra a existência de listas na Internet com mais de três mil e oitocentas pessoas partilhando essa condição. Cf.: KONDER, Carlos Nelson. “O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos *wannabes*”, op. cit., p. 65.

<sup>163</sup> O processo de castração dos eunucos chineses é contado, em meio a um interessante romance policial, no livro *A Tumba do Imperador* (BERRY, Steve, *A Tumba do Imperador*. São Paulo: Record, 2012), em que problematiza situações a respeito da China e dos mistérios que gravitam ao redor de sua conformação política e social: “O homem parou ereto. Ele parecia ter uns trinta e poucos anos, seus traços eram mais mongóis do que chineses, cabelos pretos presos em um penteado frouxo. Ele usava um robe branco com mangas largas, com detalhes em verde-claro no colarinho. Outros três homens, usando calças pretas e longas vestes cinzentas por baixo de curtos paletós azuis, o cercavam. O homem tirou o robe. Estava nu, o corpo pálido musculoso. Dois dos assistentes começaram a enfaixar seu abdome e suas coxas com bandagens brancas. Depois que a tarefa foi concluída, o homem ficou imóvel enquanto o terceiro criado lavava seu pênis e saco escrotal, que estavam expostos. A limpeza foi feita três vezes. O homem sentou-se em uma cadeira em uma posição semirreclinada, enquanto dois criados seguravam firmemente suas pernas. O terceiro participante aproximou-se de uma mesa laqueada e tirou de uma bandeja uma faca encurvada com um cabo rachado de osso[...] O homem permaneceu na mesma posição enquanto considerava a pergunta – vai se arrepender ou não? – e balançou a cabeça negativamente, sem a menor demonstração de medo ou incerteza. O assistente assentiu. Então, com dois rápidos golpes com a faca, cortou o pênis e saco escrotal do homem, o corte foi feito bem próximo ao corpo, sem deixar nada exposto. Nenhum som foi emitido. Os dois assistentes seguravam as pernas trêmulas do homem com firmeza. Sangue jorrou, mas o terceiro assistente cuidou do ferimento, obviamente causando dor ao homem sentado. Ainda assim, nenhum som foi emitido. A agonia tomava conta de seu rosto, mas o paciente pareceu recobrar o controle e equilibrar-se” (p. 62-63).

<sup>164</sup> Consta de informação jornalística: “Uma intervenção cirúrgica polêmica tem se tornado comum nos Estados Unidos por prometer acabar com o desconforto de usar alguns tipos de sapatos femininos. Trata-se da *amputação de dedinhos inferiores*, solução encontrada por algumas norte-americanas para diminuir a extensão da ponta dos pés e, com isso, eliminar calos e deformações decorrentes do uso contínuo de sapatos com salto alto de bico fino. Esse tipo de cirurgia plástica é um dos três procedimentos mais procurados para acabar com o desconforto dos calçados. Os outros dois são diminuir o tamanho de algum dedo ou injetar colágeno na parte

A hipótese não se confunde com o caso dos transexuais. É que em relação ao transexual, as pesquisas médicas já demonstram a finalidade terapêutica da cirurgia de adequação do estado físico e psíquico, enquanto a causa e o tratamento para os *wannabes* não são de ordem patológica.

O simples fato de não se tratar de questão terapêutica, dizendo respeito basicamente à autonomia privada, não justificaria, por si só, a intervenção proibitiva do Estado. A regra geral é a *liberdade de autodeterminação*, embora não absoluta. Por isso, parece mais prudente analisar cada caso concreto, sem estabelecer critérios apriorísticos precipitados. A extração do dedo mínimo para dar conforto aos pés teria o condão de afrontar a dignidade do seu titular? Parece-nos que a resposta negativa explicita a sensibilidade do tema.

O caso dos *wannabes* conduz, seguramente, a uma necessária compreensão do consentimento do titular, no Direito Civil contemporâneo, a partir de princípios constitucionais, com o fito de preservar a dignidade da pessoa humana, construindo soluções casuísticas.

### i) *A integridade física, a esterilização humana e os seus limites*

A esterilização humana artificialmente determinada é resultado do emprego de técnicas específicas, em pessoa do sexo masculino ou feminino, para obstar a ocorrência de fecundação e procriação.<sup>165</sup>

As origens ancestrais da esterilização são as mais diversas possíveis, podendo lembrar referências demográficas, eugênicas, sociais, religiosas, econômicas e terapêuticas. Relata-se, por exemplo, que os adolescentes que integravam o coro da Capela Sistina, na Itália, para manter o tom contralto de suas vozes, eram castrados, com o propósito de não produzirem hormônios e não sofrerem modificações na voz. O cantor Carlo Broschi, inclusive, com sua melodiosa voz, teria curado a melancolia de Felipe V, da Espanha.<sup>166</sup> Na mitologia grega, há notícia de que a Rainha Semíramis, de Nínive, determinou que doentes incuráveis de seu reino fossem castrados, impedindo a degeneração da espécie.<sup>167</sup>

Admite-se, entre nós, a esterilização cirúrgica como método contraceptivo através da *laqueadura tubária*, *vasectomia* ou outro método aceito cientificamente, vedada a histerectomia (retirada do útero) ou ooforectomia (retirada dos ovários), exceto por exigência médica, como reza a Lei nº 9.263/96, notadamente em seus arts. 10, § 4º, e 15.

O citado diploma legal, regulamentando a paternidade responsável determinada constitucionalmente, admite a esterilização voluntária para fins de planejamento familiar, em

---

da sola do pé perto deles, na tentativa de deixar a sola mais acolchoada. Segundo a Associação Americana de Podologia Médica, cerca de 87% das estadunidenses sofrem algum problema no pé decorrente de calçados desconfortáveis. É o caso de *Susan Deming*, amante de sapatos de salto alto que sempre teve muitos calos no pé esquerdo, pelo fato de alguns dedos serem maiores que os outros. Para acabar com isso, ela diminuiu um centímetro do dedão do pé, e espera que, a partir de agora, caminhar deixe de ser um martírio" (Disponível em: <<http://www.metro1.com.br/portal/?varSession=noticia&varEditorialId=8&varId=24063>>. Acesso em: 26.12.2012).

<sup>165</sup> Esse é, outrossim, o entendimento de MARIA HELENA DINIZ. *O estado atual do Biodireito*, op. cit., p. 142.

<sup>166</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*, op. cit., p. 142.

<sup>167</sup> Quem menciona a hipótese é ANTÔNIO CHAVES. *Direito à vida e ao próprio corpo*, op. cit., p. 117.

homens e mulheres com plena capacidade civil, desde que maiores de 25 anos de idade ou que tenham, pelo menos, dois filhos vivos, observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade (por escrito) e o ato cirúrgico, durante o qual o interessado deverá ser conduzido ao serviço de controle de natalidade para desencorajar a esterilização,<sup>168</sup> através da recomendação de outros mecanismos contraceptivos.

Não se admite, por atentar contra a dignidade humana, a esterilização de criminosos sexuais (de quem pratica estupro, por exemplo), ainda que a origem delitogênica seja um desvio de sexualidade.

Responde civilmente, por danos materiais e extrapatrimoniais (morais), quem realizar esterilização não autorizada legalmente, bem como a empresa que obriga suas empregadas a submeterem-se à esterilização, evitando, assim, o gozo de licença-maternidade.

#### *j) A tutela jurídica da integridade física e as experiências científicas em pessoas humanas*

Relatou o *Journal of Experimental Medicine*, em 1941, experiências científicas em que se introduzia em um bebê, com um ano de idade, o vírus do herpes com o propósito de estudar a doença. A situação toma cores mais nítidas na atualidade, considerando situações concretas em que a pessoa humana é tomada como objeto de ensaios clínicos, permitindo pesquisas em sua estrutura física (corpo humano).

A indagação é, pois, inexorável: a pessoa humana pode ser objeto de experimentações científicas?

Entende-se que as experiências científicas somente são possíveis pressupondo o *consentimento livre e informado*, com finalidade terapêutica e caráter gratuito, além de não produzir qualquer potencialidade de prejuízo à pessoa, respeitando os princípios da beneficência e não maleficência, proclamados como diretrizes da Bioética.

A comunidade internacional adotou *Diretrizes éticas internacionais para a pesquisa envolvendo seres humanos* – *Council for International Organizations of Medical Sciences* (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1993, na cidade de Genebra.

Entre nós, a Lei nº 8.974/95 estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM's). Na sua trilha, foi editada a Resolução nº 196/96 pelo Conselho Nacional de Saúde, fixando diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos.

Quando se tratar de incapaz, o seu consentimento pode ser obtido através de seus representantes ou assistentes ou do juiz, se houver conflito entre eles.

De qualquer sorte, é preciso sopesar as vantagens da experimentação, salvaguardando a dignidade do interessado, a partir da ponderação dos riscos<sup>169</sup> e benefícios. Por

<sup>168</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 203.

<sup>169</sup> O risco admitido em tais procedimentos é tão só o risco habitual das rotinas médicas, não sendo possível agravar a situação do paciente, em face do acolhimento do princípio da não maleficência.

isso, ELIDA SÉGUIN, em obra específica, exige, ainda, que a experiência em seres humanos seja precedida por experimentos em animais.<sup>170</sup>

A título exemplificativo, anote-se que a lei portuguesa (Decreto-lei nº 97/94) somente permite a participação de pessoas sãs em ensaios clínicos (experimentações científicas) quando não houver qualquer risco previsível para a sua integridade física e psíquica.

Registre-se que, como no direito luso (Código de Deontologia da Ordem dos Médicos em Portugal), deve ser proibida a prática de experiências científicas em “pessoas privadas da liberdade” (presos), em razão da impossibilidade de obtenção do livre consentimento e informação, por conta da peculiar situação em que se encontram, por conta da privação de liberdade.<sup>171</sup> Trata-se, sem dúvida, de importante ponderação ética, considerando que os presos constituem um grupo mais vulnerável à realização de ensaios médicos.

Vale sublinhar, demais disso tudo, que a Lei nº 11.105/05, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGMs, reconhece a possibilidade de pesquisa científica, com manipulação de organismos vivos (dentre os quais, as chamadas células-tronco), tendendo ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial (art. 2º).

#### ***k) Direito da personalidade ao corpo de outrem?***

Estabelece o art. 1.566 do Código Civil, repetindo a fórmula do art. 231 do Código Civil de 1916, que é dever dos cônjuges, na relação matrimonial, a *coabitação*, significando, a um só tempo, que devem as pessoas casadas viver no domicílio conjugal (sentido objetivo) e manter relações sexuais habituais, convivendo intimamente (sentido subjetivo).

Nesse sentido, buscando inspiração nos léxicos e promovendo a exegese construtiva da norma legal, tem-se que a coabitação representa o relacionamento íntimo, afetivo e sexual, entre pessoas que vivem em comum, maritalmente.<sup>172</sup> É o chamado *débito conjugal* (expressão nitidamente criticável por conta de seu conteúdo preconceituoso e desvirtuado).

Ora, considerando que a coabitação é um dever imposto por lei às pessoas casadas, surge, então, interessante questionamento: há um direito da personalidade (sob o aspecto físico, evidentemente) ao corpo de outrem? Isto é, os cônjuges possuem um direito da personalidade de exigir relações sexuais entre si?

<sup>170</sup> SÉGUIN, Elida. *Biodireito*, op. cit., p. 68.

<sup>171</sup> É de triste memória a experiência levada a termo pelo médico Sigmund Rascher, em campo de concentração de Dachau, pela qual submergiam corpos de presos em tanques de água com temperatura variando entre 2 e 15 graus centígrados, por longos lapsos de tempo, visando ao estudo da hipotermia, de modo a salvar pilotos nazistas que caíssem em águas geladas.

<sup>172</sup> No ponto, vale conferir o texto de CLÁUDIA HAIDAMUS PERRI. “Direito ao débito conjugal – um direito da personalidade”, op. cit., p. 170.

Conquanto parcela da doutrina<sup>173</sup> propugne pelo reconhecimento de um direito da personalidade sobre o corpo do cônjuge, a partir da reciprocidade da *prestação do dever sexual no casamento*,<sup>174</sup> essa não é a posição que deve prevalecer. É que a manifestação sexual (inclusive entre cônjuges e companheiros) é pura expressão de afeto, é materialização de sentimento, não sendo crível, nem admissível, que pudesse ser tratada pela ótica jurídica como uma obrigação imposta a uma pessoa humana.<sup>175</sup>

Pensar no débito conjugal como direito da personalidade é violar a dignidade humana, aviltando a sua liberdade afetiva e sexual. Nas palavras sensíveis e pertinentes do eminente RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “é claro que o sexo é um ingrediente importante do casamento e inclusive o vitaliza. Mas não se pode empobrecer a noção de sexo e de afeto e trazê-los assim para o Direito”<sup>176</sup> como uma prática imposta e obrigatória, desatrelado de seu conteúdo personalíssimo, como forma de realização e plenitude da personalidade humana.

Ademais, tratando o *debitum conjugale* como direito da personalidade, seria forçoso concluir que a sua eventual violação implicaria responsabilização civil do “cônjuge-devedor”, que deveria reparar pecuniariamente (entregando dinheiro) a falta de afeto e carinho. Seria materializar o afeto – que é expressão típica da personalidade humana.

Por isso, há de se repudiar, *ex radice*, o enquadramento do débito conjugal como direito da personalidade e, por conseguinte, negar toda e qualquer indenização pela negativa da prática sexual entre os cônjuges, compreendendo-as como materialização do afeto.<sup>177</sup>

#### 4.11.4 Direito à integridade psíquica (moral)

##### a) Noções gerais

O direito à integridade moral concerne à proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a sua honra, a liberdade, o recato, a imagem, a vida

<sup>173</sup> Na mesma linha de pensamento, já se teve oportunidade, lamentavelmente, de afirmar, em sede jurisprudencial, que a prática de relações sexuais seria um dever de vida entre os cônjuges, transformando em obrigação jurídica o que tem caráter afetivo: “Anulação de casamento. Procedência. Mulher que tem aversão ao ato sexual, negando-se, terminantemente, ao *debitum conjugale*. Descumprimento de *dever de vida em comum*. Existência de causa inibitória para o congresso sexual, por motivos de ordem psicológica diagnosticado na requerida. [...] O *dever de vida* em comum dos esposos, no domicílio conjugal, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima” (TJ/PR, Ac. 2ª Câm. Cív., Rnec 11033, Rel. Des. Nasser de Mello, DJPR 10.4.1995).

<sup>174</sup> Defendendo esse posicionamento, CLÁUDIA HAIDAMUS PERRI. “Direito ao débito conjugal – um direito da personalidade”, op. cit., p. 174 ss, alinhando-se à mesma opinião de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO e RUBENS LIMONGI FRANÇA.

<sup>175</sup> Se tivesse, realmente, natureza obrigacional, sendo dever de um cônjuge, estaria legitimado o estupro entre cônjuges, acobertado pelo exercício regular de um direito.

<sup>176</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “O débito e o crédito conjugal”, op. cit., p. 7.

<sup>177</sup> A título de esclarecimento, convém destacar que não se nega a possibilidade de responsabilidade civil decorrente de dano causado em uma relação matrimonial – ou em uma relação familiar qualquer. Essa reparação de danos, no entanto, é consequência da prática de um ato ilícito, não dizendo respeito à eventual recusa do afeto.



privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana.

São atributos relacionados à incolumidade moral, destinados à preservação do conjunto psicológico da estrutura humana. São as emanções da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo.<sup>178</sup>

Assim, seja por ações diretas ou indiretas, seja por conta de situações naturais ou provocadas, impõe-se a cada pessoa – e à coletividade como um todo, inclusive ao Poder Público – respeitar a integridade psicológica de toda e qualquer pessoa, abstendo-se de interferir no aspecto interior da personalidade. Por isso, como esclarece CARLOS ALBERTO BITTAR, “são vedadas pelo ordenamento jurídico todas as práticas tendentes ao aprisionamento da mente ou a intimidação pelo medo, ou pela dor, enfim, obnubiladoras do discernimento psíquico”,<sup>179</sup> afastando-se internações forçadas em clínicas e *spas* (salvo por necessidade terapêutica), lavagens cerebrais etc.

A título ilustrativo, podem ser alinhados como direitos da personalidade no âmbito psíquico: (i) a imagem; (ii) a privacidade; (iii) a honra; (iv) o nome civil, dentre outros. O Código Civil, em seus arts. 20 e 21, apresentou contornos gerais para a tutela jurídica da imagem e da vida privada.

## **b) O direito à imagem**

### ***b.1) A proteção jurídica da imagem e a sua trilogia conceitual (imagem-retrato, imagem-atributo e imagem-voz)***

A importância da imagem na história da humanidade não é recente. Ao revés, data de priscas eras. Só para ilustrar, vale lembrar o célebre caso do orador grego *Hipérides* que conseguiu obter a absolvição da cortesã *Frineia* sem utilizar de nenhuma palavra sequer em sua defesa, apenas apresentando aos julgadores a imagem dela nua, conseguindo convencê-los da sua inocência.<sup>180</sup>

Também as palavras bíblicas relatam que o homem representa a imagem e semelhança do Criador.

Em precedentes judiciais, relata-se que a primeira decisão protetiva do direito à imagem teria sido lavrada na França, em 1855, quando o Tribunal Civil de la Seine proibiu a exposição pública de um quadro representando a diretora de uma congregação religiosa.

No mundo pós-moderno, marcado pelo avanço tecnológico, pelo uso da *Internet* e pela facilitação na captação de imagens, representada por equipamentos eletrônicos e digitais, a preocupação com a tutela da imagem é evidente, saltando aos olhos. A massificação no uso da imagem permite uma fácil e veloz exploração da imagem das pessoas.

<sup>178</sup> Sobre o tema, chegando a observar que os componentes físicos e morais da personalidade são apenas o ponto de partida, “dentro dos quais deverão ser montados quadros não herméticos, capazes de admitir posteriores incursões, fruto da perene evolução do homem”, faça-se referência à obra de GILBERTO HADDAD JABUR, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 108.

<sup>179</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 116-117.

<sup>180</sup> A referência é de JACQUELINE SARMENTO DIAS. *O direito à imagem*, op. cit., p. 65.



Pois bem, o direito à imagem é de grande elasticidade, cuidando da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas etc.) que a individualizam na coletividade, deixando antever um amplo espectro, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação no meio social.

Trata-se de um direito exclusivo e excludente de alguém ser identificado e proteger a sua identificação na sociedade em que vive.

Efetivamente, a imagem corresponde à exteriorização da personalidade, englobando, a um só tempo, a reprodução fisionômica do titular e as sensações, bem assim como as características comportamentais que o tornam particular, destacado, nas relações sociais.<sup>181</sup>

Essa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a *imagem-retrato*, a *imagem-atributo* e a *imagem-voz*.

A *imagem-retrato* refere-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é o seu pôster, a sua fotografia,<sup>182</sup> encara-da tanto no aspecto estático – uma pintura –, quanto no dinâmico – um filme –, conforme proteção dedicada pelo art. 5º, X, da Constituição da República. Noutro quadrante, a *imagem-atributo* é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e da identificação social de uma pessoa. Diz respeito, assim, aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados que permitem identificá-la.<sup>183</sup> Não se confunde com a imagem exterior, cuidando, na verdade, de seu retrato moral.<sup>184</sup> Já a *imagem-voz* concerne à identificação de uma pessoa através de seu timbre sonoro. Aliás, sem dúvida, a personalidade de alguém não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas.<sup>185</sup>

<sup>181</sup> É também o que sustenta CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA. "Contornos atuais do direito à imagem", op. cit., p. 38.

<sup>182</sup> Há interessante precedente jurisprudencial cuidando do direito à imagem-retrato: "A publicação de fotografia em jornal com fins publicitários cedida por terceiro sem autorização expressa do fotografado constitui violação ao direito relativo à própria imagem, cabendo ao lesado indenização por danos morais, conforme inteligência do art. 5º, V e X, da CF" (TJ/AC, Ap. Cív. 97.0093-6, Rel. Des. Jersey Nunes, j. 23.9.1997, RT 748: 310).

<sup>183</sup> Excelente exemplo de imagem-atributo é trazido da jurisprudência. A conhecida apresentadora de programas infantis Xuxa ingressou com pedido em juízo de proibição da comercialização de fitas de vídeo do filme *Amor, estranho amor*, em que aparece em cenas de conteúdo erótico, rodado antes da construção de sua (incontroversa) imagem-atributo junto ao público infantil. Alegou que as cenas da película atentavam contra a imagem social que formou posteriormente. Deliberou a Corte fluminense: "Após o lançamento da fita (no cinema), ocorrido em 1982, a Autora (Xuxa) se projetou, nacional e internacionalmente, com programas infantis na televisão, criando uma imagem que muito justamente não quer ver atingida, cuja vulgarização atingiria não só ela própria como as crianças que são o seu público, ao qual se apresenta como símbolo da liberdade infantil, de bons hábitos e costumes, e da responsabilidade das pessoas" (TJ/RJ, Ap. Cív. 3819/91, Rel. Des. Thiago Ribas Filho, j. 27.2.1992). A referência consta do belo trabalho de CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA. "Contornos atuais do direito à imagem", op. cit., p. 43.

<sup>184</sup> É o que afirma LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, em obra especificamente dedicada ao tema. *A proteção constitucional da própria imagem*, op. cit., p. 32 ss. A respeito do tema, imperdível a leitura do interessante trabalho de LUIZ ROBERTO CURADO MOREIRA. "A problemática do dano à imagem", op. cit., bem como da obra de REGINA SAHM. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*, op. cit., p. 42 ss.

<sup>185</sup> Com absoluta razão, ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR percebe que o som da voz é tão identificador da pessoa quanto seu próprio rosto. E lembra uma famosa propaganda de televisão de xampu em que se dizia "a voz continua a mesma, mas os cabelos...". Cf. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, op. cit., p. 14.

É importante deixar claro que o direito à imagem é um só, apenas projetando-se em diferentes aspectos. Significa dizer que não existem três diferentes direitos, mas um único direito, protegido constitucionalmente em sua tridimensionalidade.

Sublinhe-se, outrossim, que o direito à imagem é autônomo e independente, não estando submetido à honra ou privacidade e, sequer, à exploração econômica. Aliás, não se olvide, inclusive, que a autonomia conceitual do direito à imagem foi reconhecida em sede constitucional, dentre os direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, V e X), merecendo proteção específica, independentemente de afronta à honra ou à privacidade.

Bem por isso, inclusive, partindo dessa autonomia conceitual, impõe-se disparar contundente crítica ao art. 20 do Código Civil que, indevidamente, amesquinhou o direito à imagem, afirmando que a sua proteção somente seria possível quando existir uma violação da honra ou exploração econômica. Reza, *in litteris*, o aludido dispositivo legal:

Art. 20, Código Civil:

“Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa *poderão ser proibidas*, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, *se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*.”

Como se percebe, o texto codificado incorreu em lamentável equívoco ao condicionar a proteção da imagem à violação da honra e boa fama ou à exploração comercial. Da forma com que ficou redigido o artigo, se alguém tiver a sua imagem veiculada, sem a sua autorização, mas sem exploração comercial e sem lhe atingir a honra, não haveria ato ilícito – o que se apresenta absurdo, por afrontar a tutela jurídica da imagem.

Por óbvio, exige-se uma interpretação conforme a Constituição do aludido art. 20 da Codificação de 2002. Em sendo assim, reconhecida a autonomia conceitual e a proteção fundamental da imagem, a simples utilização indevida da imagem de uma pessoa, mesmo sem afronta à sua honra e sem exploração comercial, já impõe a reparação por dano, a partir do garantismo constitucional (CF, art. 5º, L e X).

Aproveitando, de qualquer sorte, a redação do dispositivo codificado, se houver *exploração comercial da imagem alheia*, presume-se a violação do direito da personalidade, como, inclusive, cimentou entendimento a jurisprudência superior, consoante a redação da Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 403, Superior Tribunal de Justiça:

“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

Em sendo assim, o uso indevido da imagem de alguém, por si só, já induz a ocorrência de dano indenizável, independentemente da qualidade da imagem ou da existência de referências positivas. Ilustrando a matéria, vale recordar o caso de uma famosa atriz

que teve uma fotografia desnuda veiculada, indevidamente, sem a sua anuência, por um jornal no Rio de Janeiro. Embora a Corte Estadual, incorrendo em lapso, tenha negado a indenização, baseado na beleza da modelo e da fotografia,<sup>186</sup> o Superior Tribunal de Justiça, corretamente, reconheceu o direito à reparação do dano, em face da *autonomia do direito à imagem*, que não se subordina à existência de afronta à honra, podendo estar cumulado com o dano moral puro (dano à honra).<sup>187</sup>

Noutra oportunidade, asseverou, didaticamente, a Corte Superior:

“Em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 267.529/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3.10.2000, DJU 18.12.2000, p. 208).

Em síntese: o direito à imagem é autônomo e independente, sendo inerente à própria personalidade e merecendo tutela jurídica específica.

E bem por isso, reconhecida a autonomia do direito à imagem, é preciso sublinhar que a utilização da imagem do empregado não integra a dimensão do contrato de trabalho, sendo vedado ao patrão explorar a imagem do seu trabalhador, salvo disposição em contrário.<sup>188</sup>

Aliás, por conta da amplitude do direito à imagem, a Lei nº 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais, além de tutelar o inventor, estende a proteção ao retratado e ao artista

<sup>186</sup> Naquela oportunidade, o Tribunal do Rio de Janeiro negou a possibilidade de cumular o dano à imagem com o dano moral afirmando: “Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado” (TJ/RJ, Ac. II Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Wilson Marques, j. 29.9.1999, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, 41: 184-187).

<sup>187</sup> “Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração. É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de autoestima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibi-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo. A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos. A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 270.730/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2000, DJU 7.5.2001, p. 139).

<sup>188</sup> Nessa esteira, há precedente pretoriano: “A utilização da imagem do empregado pelo empregador não pode ser subentendida como decorrente do contrato de trabalho, que não produz efeitos tão amplos, pena de gerar locupletamento ilícito; o uso da imagem pode ser ajustado, mas não deflui originariamente do contrato laboral; de maneira que frágil falar-se, na hipótese, de anuência presumida” (TRT – 15ª Região/Campinas, Ac. 3ª T., RO 1359/2002.066.15.00-4, Rel. Des. Francisco Alberto da Motta P. Giordani, DJ 20.4.2006, p. 55).

intérprete ou executante, também cuidando da proteção à imagem como um direito de autor, em linha de coerência com o inciso XXVIII do art. 5º da *Lex Legum*. Trata-se de projeção patrimonial do direito à imagem. Ao tutelar a imagem, a lei estabelece regras para a exibição e reprodução das conferências, alocações, sermões, obras dramáticas e musicais, coreografias e pantomímicas, composições musicais, obras audiovisuais, fotográficas, de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia, arte cinética e ilustrações (art. 7º).

Também está protegido o chamado *direito de arena*, muito comum, por exemplo, em transmissões esportivas. Por óbvio, nas competições esportivas, a imagem do atleta pode ser utilizada mesmo sem a sua anuência expressa, pois é inerente ao exercício dessa profissão. Assim, a imagem de atletas termina sendo explorada, direta ou indiretamente, pelos seus clubes, por conta da transmissão de espetáculos dos quais participam diretamente. Bem por isso, o art. 42 da Lei nº 9.615/98 prevê que as entidades de prática desportiva possuem o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão e retransmissão de imagem de espetáculos ou eventos desportivos dos quais participem, acrescentando que, salvo disposição contrária, o percentual mínimo de 20% do preço total da autorização será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do evento. É o chamado *direito de arena*, consubstanciando um mecanismo de proteção da imagem do atleta, garantindo-lhe, inclusive, alguma retribuição por conta da sua utilização. Importante observar que a autorização para divulgação da imagem de um atleta, por consequência do direito de arena, não significa permissivo para a divulgação daquela imagem por outras formas, desviando a finalidade. Tanto que a jurisprudência já teve oportunidade de reconhecer que a transmissão de espetáculos esportivos não autorizava o uso da imagem dos atletas em álbuns de figurinhas:

“Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas. O direito de arena que a lei atribuiu às entidades desportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor álbum de figurinhas” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 46.420, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 5.12.1994, p. 33.565).

De outro lado, o reconhecimento da tutela jurídica da imagem-atributo, inclusive em sede constitucional (art. 5º, V, CF), aponta para uma íntima relação com o direito de resposta.<sup>189</sup>

Lembre-se, ainda, que a pessoa jurídica também é titular do direito à imagem. É bem verdade que a ela não se pode reconhecer a integralidade da dimensão protetiva da imagem. Às pessoas jurídicas apenas se reconhece a titularidade do direito à *imagem-atributo*, através do conjunto de características que a particularizam socialmente. Em razão da ausência de estrutura biopsicológica, não possui, por evidente, a *imagem-retrato* e, muito menos, a *imagem-voz*.

<sup>189</sup> Assim, ODUVALDO DONNINI e ROGÉRIO FERRAZ DONNINI. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem, e sua quantificação à luz do novo Código Civil*, op. cit., p. 71.

### ***b.2) A proteção jurídica da imagem***

A tutela jurídica do direito à imagem (CC, art. 20) segue, em linhas gerais, a regra do art. 12 do Código Civil, que tem caráter geral.

Assim, basicamente, a proteção do direito à imagem se aperfeiçoa através de *tutela preventiva* (inibitória), com o escopo de impedir que o dano ocorra ou se alastre. Não afasta, de qualquer modo, a possibilidade de tutela repressiva, através de ação de indenização por danos extrapatrimoniais (comumente chamados de danos morais), quando o dano já se concretizou, independentemente de causar prejuízos materiais.<sup>190</sup> Ou seja, “o dano do lesado não se confunde com o lucro do infrator, que inclusive pode ter sofrido prejuízo com o negócio”, como já deliberou o Superior Tribunal de Justiça.<sup>191</sup>

Vale destacar que a proteção concedida ao direito à imagem, pelo art. 20 do Livro Civil, não afasta a tutela geral do art. 12 da mesma lei, que tem caráter geral, apenas impondo uma limitação no que tange à legitimidade dos lesados indiretos, conforme o parágrafo único do citado art. 20 da Codificação. Nessa linha de entendimento, a Jornada de Direito Civil proclamou, no Enunciado 5, que:

Enunciado 5, Jornada de Direito Civil:

“1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regradar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.”

Reitere-se, por oportuno, que entendemos ser exemplificativo o rol dos lesados indiretos (CC, art. 12, parágrafo único), conforme exposto alhures. Por isso, concluímos que, havendo vinculação afetiva com o morto (cuja imagem foi indevidamente utilizada), o parente colateral até o quarto grau estará legitimado como *lesado indireto*, podendo reclamar, em nome próprio, reparação do dano (preventiva e compensatória), apesar da restrição do parágrafo único do art. 20 do *Codex*.

### ***b.3) Relativização do direito à imagem: consentimento do titular e lugares públicos***

Perlustrando o caminho pavimentado pelo art. 20 da Codificação, nota-se que o titular pode dispor do seu direito à imagem, consentindo, expressa ou tacitamente, com a utilização por terceiros.

Sem dúvida, revela-se de grande importância prática e teórica a questão do consentimento do titular para o uso da imagem por terceiro, especialmente em nossos dias, nos

<sup>190</sup> “Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida [...] O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa” (STJ, Ac. 3ª T, REsp. 138.883, Rel. Min. Menezes Direito, j. 4.8.1998, RT 760: 211).

<sup>191</sup> STJ, Ac. 4ª T, REsp. 100.764/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24.11.1997, RT 752: 192.

quais há uma facilidade de acesso aos meios de comunicação e às redes sociais e, com isso, uma fácil propagação da imagem das pessoas por meio da *Internet*, por exemplo.

Pois bem, o direito à imagem admite cessão – gratuita ou onerosa.

E mais: o consentimento para a utilização da imagem pode ser *expresso* ou *tácito*. Expresso será o consentimento decorrente de uma declaração de vontade, como na hipótese da celebração de um contrato pelo titular com uma revista, por exemplo, autorizando a veiculação de sua imagem. No mais das vezes, contudo, o consentimento é *tácito*, como se nota das transmissões carnavalescas ou de jogos de futebol, quando pessoas diversas sorriem para as câmeras de televisão. Enfim, é uma autorização comportamental.

Pois bem, autorizada a utilização da imagem, está caracterizado um verdadeiro ato de disposição (relativa) de direito, não sendo possível que se alegue, posteriormente, dano ao direito e que se pretenda reparação civil. Com LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, o consentimento “torna a utilização devida, correta, revestindo-a de legalidade”.<sup>192</sup>

Considerando o caráter relativo desse ato de disposição de direito da personalidade, bem como a impossibilidade de disposição perpétua, não se admite um consentimento genérico, por demais abrangente, nem perpétuo, indeterminado.

Além disso, a anuência não precisa ser expressa, nem escrita. Apresenta-se perfeitamente possível que se conceda o uso da imagem de forma implícita, informal.<sup>193</sup> É, inclusive, o modo mais comum, habitual. É a hipótese de alguém que se deixa fotografar ou filmar em eventos sabendo que a câmera que está registrando é de uma rede de televisão pela logomarca estampada ou pela identificação do fotógrafo de uma revista de variedades. Corretamente, inclusive, a jurisprudência vem admitindo o consentimento *tácito*.<sup>194</sup>

Reconhecida a possibilidade de consentimento *tácito* (dedutível do próprio comportamento do titular), é de se exigir, por outra banda, prudência e razoabilidade na interpretação da vontade, evitando desvios de finalidade. Exemplificando: a autorização *tácita* de um modelo profissional, para ser exposta a sua imagem nua em uma galeria de artes, não pode ter uma extensão a permitir a utilização em outro local, desprovido de finalidade artística.<sup>195</sup>

Reclama alusão uma importante situação prática cotidiana: é que a autorização, expressa ou *tácita*, para ser fotografado nem sempre abrange a autorização para a

<sup>192</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*, op. cit., p. 88.

<sup>193</sup> Também admitindo o consentimento informal, SILVA JÚNIOR, fazendo referência, inclusive, à possibilidade de “arrependimento posterior” do titular. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*, op. cit., p. 42. No mesmo sentido, “não constitui ofensa do direito à própria imagem a reprodução de fotografia, para fins publicitários, havido com o consentimento do interessado, ainda que *tácito*, podendo ser assim considerado ante o silêncio deste, corroborado por indícios e circunstâncias que autorizem presumir sua aquiescência” (TA/MG, Ac. 3ª Câ. Civ., Ap. Civ. 146.845/7-01 – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Juiz Tenisson Fernandes, j. 4.5.1994, RT 715: 248).

<sup>194</sup> “Não é verossímil que, participando a Autora de um grupo fotográfico, tirado por profissionais, em companhia de pessoas que declaram haver posado como modelos profissionais, a sua participação fosse para fins restritos, e não comerciais” (TJ/SP, Ap. Civ. 167441, Apelantes: Foto Postal Colombo e outros, Apelado: Nancy da Costa Mamede).

<sup>195</sup> O exemplo foi talhado por PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR. *O direito de estar só*, op. cit., p. 60.



publicação, em quaisquer meios, impresso, cibernético etc. Efetivamente, é comum encontrar situações nas quais a pessoa consente em ser fotografada para uso pessoal, afastada a intenção de dar publicidade àquela imagem captada. São hipóteses de imagens obtidas (por máquinas fotográficas ou de filmagens) para uso pessoal, exclusivamente, pela própria natureza da situação em que se encontra a pessoa. É o exemplo de casais de namorados que se permitem fotografar em situações de intimidade. Em tais casos, havendo exteriorização da imagem, por qualquer instrumento, haverá dever de reparação do dano à imagem, sem prejuízo de reparação de eventual dano à honra ou à privacidade, a depender da situação fática concreta. Isso porque apesar do consentimento para a captação da imagem, não há autorização para a sua publicação.

Por outro lado, é evidente que, não tendo consentido ou havendo indevida publicidade ou desvio de finalidade, o titular faz jus à indenização pelo uso indevido de sua imagem, inclusive lhe sendo lícito exigir de volta os originais do filme ou os negativos da fotografia. É que o consentimento engloba, não apenas a veiculação e exposição da imagem, mas, também, a sua simples captação.

E mais. Também haverá dano indenizável se o consentimento for desvirtuado ou se houver exploração econômica da imagem.<sup>196</sup> Assim, se um artista consente em posar para uma revista de cinema e sua foto é aproveitada em uma propaganda comercial de um produto medicinal, haverá dano reparável.<sup>197</sup> Também haverá dano indenizável se a imagem de um jogador de futebol, captada durante a partida, serve, sem anuência do interessado, de mecanismo publicitário de um determinado produto. Um exemplo muito interessante pode ser lembrado com a condenação do canal de notícias *Globonews* por desvio de finalidade no uso da imagem de um dos envolvidos no lamentável episódio do naufrágio da Plataforma de petróleo P-36, da Petrobras. Aproveitando-se da imagem que havia sido captada para fins jornalísticos, a empresa passou a explorá-la comercialmente. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, então, deliberou pela indenização, em face do desvio de finalidade:

“Uso indevido da imagem. É a imagem direito constitucionalmente protegido e embora se admita sua veiculação no momento da divulgação do fato, há abuso e, portanto, ilícito se, passado o momento da notícia, ela é utilizada com fim comercial. Ação proposta por quem teve sua foto estampada em jornal e revistas em razão do episódio da tragédia do naufrágio da Plataforma P-36.

Foto em que aparece o autor e que retrata acontecimento dramático de profundo interesse para o público, que na ocasião foi veiculada pela imprensa, mostrando momento dramático para todos os embarcados, que naquela ocasião foram tomados de profunda

<sup>196</sup> “Havendo permissão para utilização de imagens da edição de uma única obra, de índole científico-didática, e divulgados os retratos de parturiente, em plena atividade de dar à luz uma criança, fora da publicação nomeada na letra convencional, tal fato traduz agressão primária à tutela da intimidade moral, ferindo direito da personalidade, suscetível de indenização” (TJ/SP, Ac. 4ª Câ. Civ., Ap. Civ. 88.357-1, Rel. Des. Ney Almada, j. 17.9.1987, RT 623: 61).

<sup>197</sup> O exemplo é formulado por DAVID ARAÚJO, citando a obra de SANTOS CIFUENTES. *A proteção constitucional da própria imagem*, op. cit., p. 89.



dor e acabrunhamento, tornando-se representativa da situação, passando a ser veiculada constantemente na imprensa. Houve uso indevido da imagem do autor, não obstante no primeiro momento se tratasse de mera divulgação do dramático episódio, o que, por si só, não causaria qualquer afronta ou dano ao autor, tanto mais que se tratava de garantir o direito à comunicação e à liberdade de imprensa; todavia, passado o momento da informação da ocorrência, a foto do autor, em estado de grande choque, passou a ser mero chamariz com cunho publicitário para a programação do canal, aproveitando-se a empresa de comunicação, a GloboNews, da imagem por ela colhida como atrativo na comercialização de seus produtos, sendo certo que nesses não mais se tratava de informar o fato ocorrido, mas tão somente de divulgar comercialmente a empresa como sendo a mais eficiente no mercado” (TJ/RJ, Ac. Unân., 1ª Câm. Cív., Ap. Cív. 2004.001.34678, Rel. Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, j. 21.6.2005).

O fato de se encontrar o titular em lugar público também relativiza, mitiga, o direito à imagem.

É preciso, de qualquer forma, um cuidado especial com o uso da imagem de pessoas que estão em locais públicos, como praias e logradouros, bailes e desfiles carnavalescos,<sup>198</sup> estádios de futebol, passeatas, manifestações etc. É evidente que, estando em lugar público, há uma presunção de publicidade da imagem, em especial quando o fato for de interesse social e estiver sendo coberto jornalisticamente. No entanto, não se pode imaginar que, por estar em um local público, a imagem de uma pessoa deixou de merecer proteção jurídica. Assim sendo, se a imagem é captada e está inserida em um conjunto genérico, sem individualização, não há que se falar em dano, pois se refere a um evento público, aberto. É o exemplo da fotografia captada pelo jornal em uma praia, em dia de calor, para ilustrar reportagem sobre os efeitos do aquecimento global, mostrando inúmeras pessoas indistintamente, embora seja possível, até mesmo, identificar uma ou outra.<sup>199</sup> Entretanto, sendo focalizada em plano diferenciado a imagem de determinada pessoa que está em evento público, sem a sua autorização, estará, sem qualquer dúvida, caracterizada a violação ao direito de imagem. Resgatando o exemplo anterior, haverá dano reparável se a fotografia revela, em primeiro plano, as formas e silhueta de alguém que aproveitava o sol naquele dia. Trilhando o fio do exposto, infere-se, com certeza e tranquilidade, não ser possível invocar a publicidade do local para, com o uso da tecnologia, afrontar a imagem das pessoas. Por isso, mesmo estando em local público (insista-se no exemplo da praia ou de uma avenida de grande circulação), não se pode captar intimidades de um casal e explorar economicamente tais imagens.

<sup>198</sup> “Direito à imagem. Violação. Requisitos de admissibilidade. Inocorre violação ao direito de imagem quando inexistir a finalidade comercial, e a foto foi feita em festa popular, na qual a fotografada, na qualidade de participante, se expunha à visão da multidão e dos meios de divulgação” (TJ/MG, Ap. Cív. 75.697/3 – Belo Horizonte, Rel. Des. Sálvio de Figueiredo Teixeira, IOB – *Repertório de jurisprudência* 24, 1988).

<sup>199</sup> A hipótese já foi amparada jurisprudencialmente: “Direito de imagem. *Topless* praticado em cenário público. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada” (STJ, Ac. Unân., 4ª T, REsp. 595.600/SC, Rel. Min. César Ásfor Rocha, j. 18.3.2004, DJU 13.9.2004, p. 259).

Demais disso, também vale pontuar a absoluta nulidade das (abusivas) cláusulas inseridas em contratos de adesão (normalmente escritas em ingressos), nos casos de eventos particulares, como *shows* e espetáculos artísticos, informando que o evento está sendo gravado e que as imagens do público presente poderão ser utilizadas, a critério do promotor de evento. Trata-se de cláusula visivelmente ilícita e, por conseguinte, nula de pleno direito.

#### ***b.4) A função social da imagem***

Tema dos mais importantes no âmbito do direito à imagem diz respeito à sua *função social*, proclamada pelo próprio comando do art. 20 da Lei Civil.

Com efeito, harmonizando os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Civil com a redação da própria Codificação, infere-se, com tranquilidade, a afirmação da *função social da imagem*. É que a proteção da imagem não é ilimitada ou absoluta, encontrando restrição no sistema jurídico, em razão da dinâmica da ciência jurídica.

Bem explica SÍLVIO ROMERO BELTRÃO que a tutela dispensada aos direitos da personalidade como um todo, e, particularmente, ao direito à imagem, “não pode significar uma liberdade arbitrária atribuída ao seu titular, devendo, pois, sofrer limitações do direito na própria lei que os instituiu [...], em face da conjugação com outras situações protegidas; deve sofrer limitações valoradas, objetivamente segundo os interesses e fins sociais da ordem jurídica”.<sup>200</sup>

De fato, o exercício do direito à imagem não pode afrontar os interesses e a finalidade social do direito, não servindo para objetivos egoísticos, em detrimento da confiança despertada na coletividade. Por isso, a Codificação foi de clareza meridiana ao relativizar o direito à imagem, *independentemente do consentimento do titular*, em nome do interesse público (*rectius*, social). Veja-se:

Art. 20, Código Civil:

“Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”.

Exemplo típico da mitigação da proteção à imagem pela preponderância do interesse público é o uso de imagem decorrente de investigação criminal, com a divulgação do retrato de um foragido em órgãos de imprensa e programas jornalísticos. Situação em que também sobrepuja o interesse coletivo é a utilização da imagem para fins históricos, como a construção de um monumento ou a veiculação em livros narrativos.

Outra hipótese bastante corriqueira de flexibilização da proteção da imagem é o exercício da liberdade de imprensa. Não é difícil encontrar situações nas quais a divulgação de informações ou escritos exige a veiculação da imagem alheia, a título

<sup>200</sup> BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*, op. cit., p. 31.

jornalístico. Em tais casos, sobreleva uma *ponderação de interesses*, para, em cada caso, descobrir se prepondera o interesse social (na divulgação da imagem) ou se o fato não justifica o uso da imagem de terceiro. Como linha de orientação, é possível asseverar que somente se justifica a utilização da imagem de terceiro *quando se tratar de notícia ou fato de grande interesse coletivo e social, autorizando a relativização da imagem do titular*.

Efetivamente, a veiculação da imagem de uma pessoa pode ser necessária à ordem pública ou à administração da justiça, bastando lembrar, para tanto, um programa jornalístico que veicula imagens de foragidos da justiça ou de procurados pela polícia. Em tais casos, há uma mitigação da proteção à imagem em nome do interesse coletivo, concretizando a chamada *função social da imagem*.

Nessa esteira, editou-se o Enunciado 279 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 279, Jornada de Direito Civil:

“A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

Não há, portanto, como definir soluções apriorísticas. Se é certo e incontroverso que a imagem está constitucionalmente tutelada, não menos certo é que merecem proteção, também, outros valores, como a liberdade de imprensa e de pensamento e o acesso à informação, quando presente o interesse social. Nessa linha de reflexão, somente na análise de cada caso concreto é que se pode configurar o uso indevido da imagem, ou não, a partir de uma ponderação dos valores em colisão, atentando para a veracidade do fato divulgado, a licitude na obtenção da imagem, a inexistência de desvio de finalidade, a natureza do fato etc.

É certo que a proteção da imagem não poderá exceder manifestamente os limites estabelecidos pela finalidade social e pelo bem comum.

#### ***b.5) A relativização do direito à imagem das pessoas públicas (celebridades)***

É certo e incontroverso que não existem direitos absolutos, devendo, mesmo os direitos fundamentais, serem compreendidos em conjunto com o sistema jurídico, em juízo de ponderação de interesses. O direito à imagem não foge dessa regra.

Em determinadas circunstâncias, impõe-se, como visto alhures, uma flexibilização do direito à imagem em razão de interesses públicos ou de colisão com outros bens jurídicos. É a chamada *função social da imagem*.

São casos nos quais a preponderância do interesse social supera, valorativamente, a proteção individual da imagem, justificando a sua mitigação e a captação e divulgação.

Na mesma linha de entendimento, a imagem das pessoas públicas, as chamadas celebridades (artistas, esportistas, políticos, modelos, personagens históricos...), também

sofre flexibilização, porque a projeção de sua personalidade extrapola os seus limites individuais, espalhando-se no interesse de toda a coletividade. Não é crível, nem admissível, portanto, que um conhecido artista de televisão ou um governante pudesse reclamar dano pelo uso da imagem em jornais, revistas, televisão etc. Máxime considerando o caráter jornalístico da utilização, no mais das vezes.

Serve como exemplo dessa mitigação da imagem das pessoas notórias, por conta de seu próprio ofício ou por uma opção de exposição midiática, o fato que envolveu a atriz e modelo *Juliana Paes*, em setembro de 2006, durante a divulgação de um produto de beleza na *Beauty Fair*, em São Paulo. Após um inofensivo rodopio, com um esvoaçante e exuberante vestido, a atriz foi flagrada sem calcinha.<sup>201</sup> Em casos tais, por óbvio, não há direito indenizatório, uma vez que a exposição da imagem de pessoa pública decorreu de sua própria opção midiática.

Comungando com esse entendimento, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR esclarece que, de fato, o âmbito dos direitos da personalidade das pessoas notórias “haverá que reduzir-se, de forma sensível. E isto porque, no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem”.<sup>202</sup>

Não se imagine, porém, que as celebridades (mesmo a mais bela e midiática de todas) percam a proteção constitucional de sua imagem. Conservam, é claro, o direito (constitucionalmente assegurado) à imagem, apenas sofrendo uma flexibilização, *quando houver legítimo interesse na sua divulgação*, por força de seu ofício, profissão ou situação em que se encontre.

Até mesmo porque as celebridades não podem ser consideradas *pessoas públicas durante todo o tempo*. Públicos serão determinados fatos ou acontecimentos que as envolvem, justificando estes a mitigação de sua imagem.

Endossando o argumento, ANDERSON SCHREIBER é preciso: “Públicos não são quaisquer episódios sobre os quais os leitores de jornais e revistas, os espectadores de TV, ou os internautas possam ter interesse. Público, no que concerne a atos envolvendo a imagem das pessoas, é apenas o evento sobre o qual recaia o interesse legítimo da informação”.<sup>203</sup> De idêntica maneira, a jurisprudência vai acatando esse entendimento.<sup>204</sup>

Por isso, é possível que as pessoas públicas, eventualmente, sofram violação à sua imagem, com a utilização fora dos padrões sociais admitidos (como no exemplo da

<sup>201</sup> SCHREIBER, Anderson. “Os direitos da personalidade no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 232.

<sup>202</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*, op. cit., p. 36-37.

<sup>203</sup> SCHREIBER, Anderson. “Os direitos da personalidade no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 249-250.

<sup>204</sup> “Ação indenizatória por danos morais. Existência de ilícito. Comprovação do dano e obrigação de indenizar. Pessoa pública. Artista de televisão. Limitação ao direito de imagem[...] Ator de TV, casado, fotografado em local aberto, sem autorização, beijando mulher que não era sua cônjuge. Publicação em diversas edições de revista de ‘fofocas’; [...] Por ser ator de televisão que participou de inúmeras novelas (pessoa pública e/ou notória) e estar em local aberto (estacionamento de veículos), o recorrido possui direito de imagem mais restrito, mas não afastado. Na espécie, restou caracterizada a abusividade do uso da imagem do recorrido na reportagem, realizado com nítido propósito de incrementar as vendas da publicação. A simples publicação da revista atinge a imagem do recorrido, artista conhecido, até porque a fotografia o retrata beijando mulher que não era sua cônjuge” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1082878/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.10.2008, DJU 18.11.2008).

publicação, sem autorização, em um jornal da fotografia de uma famosa artista de televisão nua, tirada para integrar o ensaio para uma revista especializada<sup>205</sup>) ou fora do contexto jornalístico ou noticioso<sup>206</sup> (como na hipótese de uso da fotografia de um artista para fins de publicidade de determinado produto ou serviço).<sup>207</sup> Em célebre caso, de grande repercussão na França, o então Presidente *Georges Pompidou* teve uma fotografia sua veiculada pelo jornal *L'Express*, a bordo de um barco equipado com motor *Mercury*, na qual aparecia, com nitidez, a marca da empresa. Tempos depois, surgiu uma campanha publicitária da referida empresa, contendo a citada fotografia do presidente, com o texto “se durante dez anos nos esforçamos em ganhar todas as competições, o fazemos por sua segurança, Sr. Presidente”. Promovida a ação reparatória por dano à imagem pelo Chefe do Executivo, alegou-se não ter ocorrido violação intolerável ao direito de imagem da pessoa. Entretanto, a corte francesa reconheceu o dano à imagem, proibindo a veiculação do anúncio, deixando claro o desvio de utilização da imagem da pessoa pública.<sup>208</sup> Frise-se, à exaustão, que utilizada, indevidamente, a imagem de qualquer celebridade, o dever de reparar o dano decorrerá independentemente da prova do dano econômico, como reza a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça.<sup>209</sup> Além disso, também é possível a violação do direito à privacidade das pessoas públicas quando se penetrar no refúgio íntimo da personalidade, o que ocorre no exemplo dos *papparazzis*, como ficaram conhecidos os fotógrafos e repórteres que perseguem as celebridades em busca de poses comprometedoras ou incomuns.

#### ***b.6) A possibilidade de responsabilização civil das celebridades que participam de publicidade ilícita***

É bastante comum a participação de celebridades em campanhas publicitárias, influenciando, diretamente, o consumidor. São pessoas famosas que se utilizam do prestígio e credibilidade junto ao público para exercer influência sobre a escolha de produtos ou serviços, atestando as suas qualidades através da veiculação de sua imagem.

Às pessoas famosas associa o imaginário popular qualidades e características que compõem a sua imagem-atributo,<sup>210</sup> realçando a sua credibilidade. Ora, se a celebridade utiliza-se de sua imagem (que é protegida constitucionalmente) para transmitir

<sup>205</sup> “A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 270.730/RJ, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.12.2000, DJU 7.5.2001, p. 139).

<sup>206</sup> O Tribunal de Justiça do Distrito Federal admitiu a violação ao direito de imagem por um partido político que veiculou imagem de artista em entrevista que foi dada supondo tratar-se de reportagem com conteúdo jornalístico (TJ/DF, Ap. Cív. 4689997, DJ 15.4.1998, p. 59).

<sup>207</sup> “Constitui ato ilícito, passível de reparação por transgressão ao direito de imagem, a publicação não autorizada de fotos de renomado ator de televisão em catálogo promocional de empresa de vestuário, mormente se ocorrida com a intenção de explorar e usufruir vantagem, ainda que tal divulgação não tenha sido desprestigiosa” (TJ/SP, Ac. 6ª Câ. Direito Privado, Ap. Cív. 91.030.4/2, Rel. Des. Testa Marchi, j. 11.5.2000, RT 782: 236).

<sup>208</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só*, op. cit., p. 72.

<sup>209</sup> Súmula 403, STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

<sup>210</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 209.

confiança e segurança em determinado produto ou serviço, através do *marketing*, induzindo o consumidor, é natural que responda por eventuais danos ocasionados pelo produto quando endossar, ratificar, as suas vantagens.

Ilustrando a hipótese, a doutrina menciona a associação da imagem da atriz Maitê Proença ao anticoncepcional “Microvilar”, que, por acidente de consumo em sua linha de produção, veio a ser comercializado com farinha em seu conteúdo, em lugar do medicamento.

Com mais contundência, PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES advoga a tese de que a celebridade assume, “diante do consumidor, uma posição de ‘garante’”.<sup>211</sup>

### c) O direito à privacidade

É difícil a delimitação do direito à vida privada, em razão da diferença cultural, das tradições e dos costumes entre os povos: se, por um lado, em um determinado país, certos comportamentos podem ser reputados ofensivos à vida privada, noutros países, o mesmo comportamento pode ser tolerado como normal.<sup>212</sup>

Bastaria imaginar a repulsa que causaria em alguns lugares o uso de roupas (míni-mas) de praia, o que, paradoxalmente, se mostra comum nos países tropicais.

Em linhas gerais, então, a *vida privada* é o refúgio impenetrável pela coletividade, merecendo proteção. Ou seja, é o direito de viver a sua própria vida em isolamento, não sendo submetido à publicidade que não provocou, nem desejou. Consiste no direito de obstar que a atividade de terceiro venha a conhecer, descobrir ou divulgar as particularidades de uma pessoa. Exemplo de violação à vida privada pode ser apresentado com a quebra do segredo de correspondência ou com a violação indevida do sigilo bancário, fiscal e telefônico.

Já se pode notar, assim, que o direito à vida privada é plástico, dinâmico, variando conforme a cultura e os valores de um lugar para outro.

A proteção da vida privada, como um bem jurídico integrante da personalidade, funda-se no legítimo interesse de salvaguardar do conhecimento alheio (e da curiosidade indevida) tudo o que diz respeito à esfera íntima de uma pessoa. A Constituição Federal, em seu art. 5º, tutelou a vida privada de modo genérico nos incisos V e X, mas também nos incisos XI, XII e LX de maneira mais direta.

Trata-se, pois, da vida pessoal do ser humano, perpassando de um aspecto interior (“que se leva quando vive detrás da sua porta fechada”),<sup>213</sup> incluindo aspectos amoroso, sexual, religioso, familiar, sentimental de uma pessoa, até um aspecto externo, muito mais amplo. É que o direito à vida privada transcende o direito de *estar só*. Não que esse aspecto lhe seja estranho, mas porque é mais do que isso.

Em verdade, o direito à privacidade se apresenta, também, como útil instrumento para realizar a dignidade humana em perspectiva social e econômica. Assim, funciona como mecanismo de proteção da pessoa humana contra violências perpetradas à sua

<sup>211</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*, op. cit., p. 155.

<sup>212</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 119.

<sup>213</sup> A expressão é de LUCIEN MARTIN, apud SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*, op. cit., p. 52.



esfera individual no ambiente de trabalho, em hospitais e clínicas, em manicômios e clínicas psiquiátricas, em escolas e estabelecimentos educacionais, em bancos, em estabelecimentos comerciais, em sistemas públicos prisionais etc. Não se pode negligenciar, pois, uma dimensão coletiva da proteção da vida privada, rompendo esquemas de opressão ao mais fraco imposta pelo detentor do poder econômico, social ou político – ou mesmo de uma situação de vantagem. Com isso, há de se coibir o procedimento agressivo e atentatório à privacidade de empresas que negociam (emprestam, vendem...) bancos de dados de seus clientes a terceiros, causando-lhes inescusável dano indenizável.

Reconhecendo essa emersão de um momento coletivo de proteção da privacidade, STEFANO RODOTÁ, em obra pioneira, observa que, de discurso fechado, a privacidade se projeta sobre a coletividade, recuperando sua carga vital e assumindo feições, até então, desconhecidas.<sup>214</sup> No ponto, é conveniente lembrar que a tutela da privacidade, nessa projeção coletiva, incumbe ao Ministério Público, a quem se conferiu a defesa dos interesses transindividuais (CF, art. 127).

Uma necessária perspectiva histórica e social do direito à privacidade gera, naturalmente, diferentes percepções dessa garantia constitucional. Assim, em épocas atuais, chama a atenção o fato de que as redes sociais da *Internet*, como, por exemplo, o *facebook* e o *twitter*, podem aviltar a privacidade alheia, independentemente da vontade do titular. Isso porque, afora as declarações espontâneas do interessado, o fluxo de informações pessoais da rede “contribui para a perda de privacidade”, até porque a arquitetura da *web* forma “um sistema que, de jeito nenhum, foi projetado para proteger informações particulares”, consoante a pertinente advertência de CARLOS ALBERTO GOULART FERREIRA.<sup>215</sup>

Sob o ponto de vista estrutural, *estão contidos no direito à vida privada, o direito à intimidade e ao segredo (sigilo)*, compondo diferentes aspectos de um mesmo bem jurídico personalíssimo. Nessa esteira, com preciosismo, GILBERTO HADDAD JABUR esclarece que “o direito à vida privada posiciona-se como gênero ao qual pertencem o direito à intimidade e o direito ao segredo. A vida privada é esfera que concentra, em escala decrescente, outros direitos relativos à restrição de vida pessoal de cada um”.<sup>216</sup>

Destrinchando essa estruturação, nota-se que o direito à intimidade consiste em resguardar dos sentidos alheios as informações que dizem respeito, apenas, ao titular, ao passo que o direito ao segredo é fundado na não divulgação de fatos da vida de alguém. Eventualmente, o segredo pode tocar o interesse da coletividade ou do Estado, podendo ser flexibilizado, quando houver justa motivação. Isto é, pode ser mitigado o direito ao segredo quando um valor jurídico for mais denso, em ponderação de interesses.<sup>217</sup> A intimidade, ao revés, jamais manterá correlação com terceiros, sempre se enfeixando na

<sup>214</sup> RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*, op. cit., p. 32.

<sup>215</sup> FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*, op. cit., p. 423.

<sup>216</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 256.

<sup>217</sup> É o que pensa a nossa jurisprudência: “Conquanto possível a quebra do sigilo fiscal de pessoa física ou jurídica no curso do processo, em homenagem ao preponderante interesse público, constitui requisito essencial à higidez do ato judicial que a determina achar-se amparado em fundamentação consistente, por se cuidar de medida excepcional à regra geral da preservação da privacidade, preconizada no art. 5º, X, da Carta Política” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 1.220.307/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 17.3.2011, *DJe* 23.3.2011).



personalidade do seu titular. Isso porque o direito à intimidade consiste “no fato de a pessoa viver uma parte de sua existência longe da interferência ou da influência de terceiros”,<sup>218</sup> como esclarece CARLOS ALBERTO GOULART FERREIRA. E, convenhamos, na sociedade hipercomplexa, com altos níveis de exposição social, *a intimidade é um direito fundamental*, o direito ao recato, o direito de estar só e de preservar a si mesmo. Em sendo assim, a orientação sexual e religiosa estão compreendidas no âmbito da *intimidade*, enquanto a movimentação bancária e a declaração de tributos residem no âmbito do *segredo*.

Por isso, é possível concluir que *nem toda informação privada é íntima, embora toda intimidade seja privada*.

De qualquer sorte, considerada a autonomia conceitual da privacidade, repise-se a perfeita possibilidade de violação do direito à vida privada independentemente de resvala à imagem ou à honra (boa fama) do titular. É que a intangibilidade da privacidade (decorrente de garantia constitucional e da redação do art. 21 do Código Civil) impõe proteção específica. Assim, é possível afrontar a privacidade de uma pessoa sem qualquer violação de sua honra ou de sua imagem. Acolhendo essa orientação, há interessante precedente jurisprudencial, tratando da inserção indevida, por uma companhia de telecomunicações, do nome da assinante nas páginas amarelas da lista telefônica, na seção de massagistas, apesar de ninguém, de seu ciclo social, ter tido conhecimento. Veja-se a pertinência dos argumentos do *decisum*:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Violação. Direitos da personalidade. Intimidade. Veiculação. Lista telefônica. Anúncio comercial equivocado. Serviços de massagem. 1. A conduta da prestadora de serviços telefônicos caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de mensagens viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereços residenciais” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 506.437/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.9.2003).

Noutra oportunidade, a Corte Superior reconheceu a violação da privacidade por conta da afirmação contida em uma biografia de que o saudoso jogador de futebol *Garrincha* teria um órgão genital avantajado. Apesar da inexistência de afronta à imagem ou à honra, foi reconhecida a violação de sua privacidade e determinada a reparação do dano (STJ, REsp. 521.697/RJ, Rel. Min. César Ásfor Rocha, j. 16.2.2006, DJU 20.3.2006, p. 276).

A outro giro, se a violação atinge, a um só tempo, a privacidade do titular e algum outro bem jurídico (como a honra ou a imagem), haverá uma dupla ilicitude e, por conseguinte, serão devidas tantas indenizações quantos sejam os bens jurídicos violados. Isso exatamente por conta da *autonomia do direito à privacidade*.

Merece registro o fato de que o próprio titular da personalidade pode, expressa ou tacitamente, relativizar a sua vida privada. É o exemplo comum das redes sociais, ambientes nos quais as pessoas, voluntariamente, expõem fatos íntimos ou segretos. Também seria a hipótese de uma entrevista jornalística em que o entrevistado, provocado

<sup>218</sup> FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*, op. cit., p. 457.

ou não, revela sua intimidade. Em casos tais, o próprio titular conferiu publicidade ao fato, não havendo qualquer violação. Não poderá, contudo, envolver terceiros que, eventualmente, tenham interesse no fato, como na hipótese de relacionamentos afetivos ou sexuais. Envolvendo interesse de terceiro, haverá afronta à privacidade alheia e, consequentemente, direito à indenização.

No que tange ao direito à vida privada das pessoas públicas (celebridades), contrariamente ao que ocorre com o direito à imagem, não há uma relativização tão intensa da proteção dedicada pelo sistema. Se é certo, por um lado, que a privacidade das pessoas notórias se sujeita a um parâmetro de aferição “menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de autoexposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas”, como percebe LUÍS ROBERTO BARROSO.<sup>219</sup> De outra banda, não menos certo é que isso não quer significar que as celebridades percam a proteção de sua privacidade. Em absoluto. O direito à vida privada lhes é garantido constitucionalmente e tem de ser tutelado. Apenas deve se ponderar a extensão do que se deve proteger da curiosidade do público em geral, no que toca às pessoas públicas.

Com isso, não se poderia chegar à simplória (e indevida) conclusão de que estaria no campo da licitude a publicação de biografias não autorizadas de celebridades, apesar do direito (constitucional) à liberdade de expressão. Se a biografia não autorizada pelo biografado veicular fatos privados, por lógica, não estará permitida pelo sistema constitucional. Assim sendo, a falta de autorização do biografado (ou dos seus herdeiros, no caso de uma biografia póstuma) não se apresenta como um empecilho, em face do caráter público dos fatos. No entanto, em se tratando de detalhes particulares da vida privada de uma pessoa pública, não parece se justificar a publicação, uma vez que a liberdade de expressão não é absoluta. Alguns rumorosos casos servem para a perfeita compreensão da matéria. O cantor *Roberto Carlos* obteve autorização judicial para a apreensão dos exemplares de uma biografia não autorizada que revelava situações particulares de sua vida (TJ/RJ, Ac. Unân., 18ª Câm. Cív., Agr. Instr. 2007.002.06253, Rel. Des. Pedro Freire Raguene, j. 3.5.2007). Noutro episódio, o Poder Judiciário de Sergipe suspendeu a publicação da obra *Lampião – O Mata Sete* que levantava suspeitas sobre a suposta condição homossexual do famoso cangaceiro, a requerimento de sua filha.<sup>220</sup> Por evidente, o que se pretende não é a aniquilação de um gênero literário (as biografias), mas a sua compatibilização com a proteção dedicada pelo Texto Constitucional à vida privada.<sup>221</sup>

<sup>219</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”, op. cit., p. 111.

<sup>220</sup> A decisão do Juiz de Direito *Aldo Albuquerque de Mello* (Processo n. 2011.10701579), da 7ª Vara Cível de Aracaju (SE), afirma: “Entre evitar eventual prejuízo financeiro do requerido, com a proibição da publicação do seu livro e evitar a ofensa à honra da requerente e de seus pais, deve o Judiciário, por óbvio, ficar com a segunda opção e proteger a honra e a intimidade da requerente e seus genitores”.

<sup>221</sup> Para aprofundamento sobre o tema, veja-se: GARCIA, Rebeca. “Biografias não autorizadas: liberdade de expressão e privacidade na história da vida privada”, op. cit., especialmente p. 66-67.

Demonstrando que uma pessoa notória tem proteção de sua privacidade, interessante caso, envolvendo a revelação de fatos secretos que respeitavam aos *affaires* amorosos de *Benito Mussolini*, divulgados em um filme, teve um desfecho jurisprudencial protegendo a vida privada do ditador italiano: “Nem mesmo a pesquisa e a crítica histórica consentem o sacrifício do direito à intimidade, ainda que se trate de pessoas pertencentes à vida pública de um país, devendo-se respeitar o segredo de sua vida íntima”.<sup>222</sup> Todavia, em outro caso, com outros dados concretos, a solução pode não ser a mesma. Por isso, em demanda na qual se discutia se uma peça de teatro – que retratava a vida pessoal de personagens da História do Brasil (*Olga Benário* e *Luiz Carlos Prestes*) – feria, ou não, a privacidade de terceiros, entendeu a Corte de Justiça fluminense: “Tampouco se reconhece violação à privacidade, uma vez que os fatos mostrados são do conhecimento geral, ou pelo menos acessíveis a todos os interessados, por outros meios não excepcionais, como a leitura de livro para cuja redação ministrara informações o próprio titular do direito que se alega lesado” (TJ/RJ, Ap. Cív. 1988.001.03920, Rel. Des. Barbosa Moreira, j. 3.4.1989).<sup>223</sup>

Igualmente relevante é a lembrança da inadmissibilidade da exceção da verdade em relação ao direito à privacidade. Com efeito, permitir que alguém prove que o fato (indevidamente propalado) é verdadeiro significa violar, novamente, a privacidade do titular. Por isso, em interessante passagem, reconheceu a melhor jurisprudência que “os fatos depressivos da vida estritamente privada do cidadão não devem ser propalados, ainda que verdadeiros, justamente porque, faltando interesse público, não serviriam a outro propósito que o do escândalo e do desdouro”.<sup>224</sup>

Caracterizado como um direito fundamental de matriz constitucional, a privacidade (intimidade e segredo) espraia relevantes consequências em outras áreas da ciência jurídica, vinculando determinadas situações.

No âmbito dos Direitos Reais, por exemplo, o amplo espectro de proteção da vida privada, resguardando os aspectos mais íntimos da pessoa humana, resulta na imposição de limitações ao direito de construir, impedindo, em qualquer situação, que se abram janelas ou se façam eirados, terraços ou varandas a menos de um metro e meio do terreno vizinho,<sup>225</sup> bem como obstando a realização, na zona rural, de construções ou acréscimos a menos de três metros<sup>226</sup> do limite comum com o vizinho.

Já na esfera do Direito do Trabalho, dúvida inexistente de que a convivência no ambiente de trabalho implicará em uma ligeira mitigação da privacidade do trabalhador.

<sup>222</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 256.

<sup>223</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”, op. cit., p. 112.

<sup>224</sup> STJ, Ac. 4ª T., REsp. 58.101/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 16.9.1997, RSTJ 104:326.

<sup>225</sup> Art. 1.301, Código Civil: “É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho. § 1º As janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros. § 2º As disposições deste artigo não abrangem as aberturas para luz ou ventilação, não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso”.

<sup>226</sup> Art. 1.303, Código Civil: “Na zona rural, não será permitido levantar edificações a menos de três metros do terreno vizinho”.

Todavia, não é possível tolerar condutas do empregador que aniquilem a privacidade ou afrontem a dignidade do obreiro. Nessa trilha, a tutela jurídica constitucional da privacidade implica em reconhecer como abusivas algumas revistas íntimas em trabalhadores, promovidas por algumas empresas. Até porque, como pondera FLORIANO BARBOSA JÚNIOR, “o direito ao trabalho como direito humano de natureza social, atrai, como corolário, o direito à proteção da intimidade do trabalhador”.<sup>227</sup> De fato, obrigar o empregado a expor partes íntimas de seu corpo é desarrazoado e atenta contra as suas garantias fundamentais.<sup>228</sup> E não se diga que, ao aceitar o emprego, o obreiro anuiu a essa situação porque, a toda evidência, a necessidade de ter um trabalho, em um país com tantas dificuldades como o nosso, impõe aceitar as imposições que vierem acessoriamente.<sup>229</sup> A jurisprudência trabalhista, inclusive, acata esse entendimento:

“Revista íntima. A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. É certo que o empregado, ao ser submetido ao poder diretivo do empregador, sofre algumas limitações em seu direito à intimidade. Não se admite, contudo, que a ação do empregador se amplie a ponto de ferir a dignidade da pessoa humana. Caracteriza dano moral a circunstância de a empregadora ter convocado um reunião, para discutir com suas empregadas, questão relacionada à higiene dos sanitários utilizados no ambiente de trabalho, deixando o local antes do encerramento, quando então, por deliberação das próprias trabalhadoras, foi iniciada uma revista íntima de todas as presentes, com a anuência e participação das encarregadas, a fim de verificar quais empregadas se encontravam em período menstrual. O episódio evidenciou afronta à intimidade das trabalhadoras, atraindo a obrigação de indenizar o dano moral perpetrado pela empresa” (TRT-3ª Região/MG, Ac. 2ª T., RO 6177/03 (1330-2002-039-03-00-5), Rel. Des. Fernando Guimarães A. Viegas Peixoto, *DJMG* 2.7.2003, p. 13).

Não significa, porém, que toda e qualquer revista pessoal será ilícita. Se utilizada com *razoabilidade*, em atividades laborativas nas quais há riscos de subtração de produtos da empresa e sem afrontar a dignidade do trabalhador, a revista pessoal pode ser admitida.<sup>230</sup>

<sup>227</sup> BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*, op. cit., p. 110.

<sup>228</sup> A própria Consolidação das Leis do Trabalho, no seu art. 373-A, inciso VI, em capítulo dedicado ao trabalho da mulher, proíbe a realização de revistas íntimas: “Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: [...] VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”.

<sup>229</sup> Indo mais longe, EDILTON MEIRELES acrescenta que “essas mesmas conclusões se aplicam, ainda, à revista de natureza domiciliar ou sobre objetos e bens do empregado (veículos, bolsas etc.)” (*O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, op. cit., p. 19).

<sup>230</sup> O entendimento pretoriano vai se fixando assim: “Dano moral. Afronta à honra e à imagem do empregado. Não ocorrência. Reparação indevida. A revista feita diariamente na bolsa dos empregados e a instalação de câmeras nas dependências da empresa não evidenciam constrangimento capaz de afetar a honra e a boa fama deles, quando demonstrado que a revista era usual e abrangia todos os empregados e a implantação de câmeras visava à segurança da empresa” (TRT – 12ª Região/SC, Ac. 3ª T., RO 4713.2005.050.12.00-6, Ac.17469/06, Rel. Des. Lília Leonor Abreu, *DJ* 13.12.2006, p. 11).

Outrossim, afronta a personalidade humana por violar a vida privada, a submissão do trabalhador a testes pré-admissionais e provas grafológicas em que tenha de revelar aspectos de sua intimidade, como aqueles ligados à sua sexualidade, ao uso de substâncias entorpecentes, doenças na família ou outras opções pessoais. Por isso, gera dano indenizável a simples submissão do empregado (ou mesmo do candidato ao emprego) ao teste de polígrafo (detector de mentiras ou *lie-detector*).<sup>231</sup>

Ainda na seara da privacidade do trabalhador, uma questão altamente polêmica diz respeito à possibilidade, ou não, de fiscalização do empregador do *e-mail corporativo* de seu empregado. Em linha de princípio, salvo uma ponderação mais robusta, não nos parece razoável permitir à empresa invadir a privacidade de seu empregado, tendo acesso ao que é escrito. Em especial, quando o empregador não permite ao seu obreiro o acesso ao *e-mail* particular, obrigando à utilização do *e-mail* corporativo. Parece que é prestigiar mais o patrimônio do que a personalidade. O ter, em lugar do ser. Aliás, bem reflete, sobre o tema, o emérito civilista italiano STEFANO RODOTÁ, considerando que “parece objetivamente atrasada a análise de quem se limita a sublinhar a existência de restrições materiais que impedem, a numerosos sujeitos, de usufruir da privacidade: uma análise deste tipo apenas espelha a postura da invocação abstrata da intangibilidade da esfera privada”.<sup>232</sup> Contudo, a jurisprudência trabalhista vem se fixando em sentido inverso.<sup>233,234</sup>

<sup>231</sup> A jurisprudência já abraçou esse entendimento: “Dano moral. Teste do polígrafo (detector de mentiras). Direito à honra e à intimidade do trabalhador. O trabalhador, ao ingressar em uma empresa na qualidade de empregado, não se despe dos direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição da República a todos os cidadãos, dentre os quais figura com destaque a inviolabilidade de sua intimidade, de sua honra e de sua imagem (art. 5º, inciso X, do Texto Fundamental). Se é verdade que o empregador detém poderes de direção, fiscalização e disciplinamento em relação àqueles que lhe prestam serviços, não menos certo que o exercício desse direito potestativo encontra limite em tais direitos e garantias constitucionais. Quando o empregador obriga o seu empregado a se submeter ao teste do polígrafo, equipamento de eficácia duvidosa e não adotado no ordenamento jurídico pátrio, extrapola os limites de atuação de seu poder diretivo e atinge a dignidade desse trabalhador, expondo a honra e intimidade deste e submetendo-o a um constrangimento injustificado, apto a ensejar a reparação pelos danos morais causados” (TRT – 3ª Região/MG, Ac. 5ª T., RO 317-2003-092-03-00-9, Rel. Des. José Roberto Freire Pimenta, *DJMG* 5.6.2004, p. 14).

<sup>232</sup> RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*, op. cit., p. 30-31.

<sup>233</sup> “Prova ilícita. *E-mail* corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo da correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal da inviolabilidade. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador” (TST, Ac. 1ª T., RR 613/2000-013-10-00, Rel. Min. João Oreste Dalazen, *DJU* 10.6.2005).

<sup>234</sup> Considerando que a jurisprudência vem admitindo o monitoramento do *e-mail* corporativo do trabalhador, MAURO SCHIAVI propõe a adoção de algumas cautelas, essenciais à preservação de sua dignidade, evitando uma afronta maior à sua personalidade. Afirma o magistrado: “Quando há monitoração, pelo empregador, do *e-mail* corporativo utilizado pelo empregado, devem ser tomadas algumas cautelas, pois o empregador não tem o direito irrestrito de monitoramento[...] De outro lado, em algumas hipóteses, a nosso ver, é possível esse monitoramento desde que presentes alguns requisitos, que passamos a elencar: a) fundada suspeita de utilização indevida do *e-mail* pelo empregado; b) indícios suficientes de que o empregado está desvirtuando a utilização do *e-mail*; c) que seja extremamente necessário, não havendo possibilidade de se provar o fato por outros meios; d) razoabilidade e boa-fé por parte do empregador” (*Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*, op. cit., p. 103-104).

#### d) O direito à honra

Enquanto a imagem diz respeito às características identificadoras de uma pessoa e a privacidade ao interesse de preservar do público a esfera íntima de atitudes, o direito à honra concerne ao prestígio social do seu titular.<sup>235</sup> Ou seja, apesar da estreita ligação com a privacidade, a honra com ela não se confunde. Se, de um lado, aquela resguarda o que, concreta e verdadeiramente, compõe a intimidade, de outra banda, esta protege a pessoa humana contra ataques que podem macular sua boa fama social.

Em sendo assim, a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade tem como resultado o que se convencionou chamar de honra. Noutras palavras, o direito à honra “tem pertinência com a *projeção social da respeitabilidade e estima conquistada* pelo indivíduo no seu ambiente e na sociedade”.<sup>236</sup>

Trata-se da necessária defesa da reputação da pessoa, abrangendo o seu bom nome e a fama que desfruta na comunidade (seio social, familiar, profissional, empresarial...), bem como a proteção do seu sentimento interno de autoestima.<sup>237</sup>

Vale notar que a extensão do direito à honra é ampla. E, por isso, protege o titular contra fatos inverídicos desabonadores de sua personalidade em projeção social e pessoal e, igualmente, contra fatos que, embora verdadeiros, não possam ser demonstrados. Para além disso, consegue tutelar a pessoa, ainda, valorações depreciativas acerca de sua personalidade.

Exatamente por conta dessa elasticidade estrutural, a honra pode ser martirizada de maneira direta (frontal) ou indireta (dissimulada), consistindo no abalo do conceito do titular na família, no trabalho, nas atividades estudantis etc. (daí se falar em honra política, artística, civil, científica etc.), produzindo um dano moral reparável. RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN, renomado civilista argentino, aduz que a honra pode ser lesionada pela interferência no conceito que a vítima possui perante os outros, quando alguém apresenta dados errôneos, provocando uma modificação da fama construída.<sup>238</sup>

Aliás, na clássica lição de ADRIANO DE CUPIS, já se percebia que “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.<sup>239</sup>

<sup>235</sup> ELIMAR SZANIAWSKI também distingue um do outro, aduzindo que, enquanto a vida privada resguarda a pessoa da ingerência alheia, “o direito à honra visa à proteção do valor moral e íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama” (*Direitos de personalidade e sua tutela*, op. cit., p. 129).

<sup>236</sup> ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. “Violação do direito à honra no mundo virtual: a (ir)reponsabilidade civil dos prestadores de serviços da internet por fato de terceiros”, op. cit., p. 247.

<sup>237</sup> Vide, a respeito: BITTAR. *Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 129. Com digressão semelhante, ADRIANO DE CUPIS pondera que, reconhecida como valor íntimo moral do homem, a honra constitui um “pressuposto indispensável para que ela possa progredir no meio social e conquistar um lugar adequado; e, por sua vez, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal representa uma fonte de elevada satisfação espiritual” (*Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 122).

<sup>238</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.. *Derecho Civil*: Parte General, op. cit., p. 397.

<sup>239</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 121.



Disso deflui, portanto, que a honra encerra dois diferentes aspectos: a *honra objetiva* e a *honra subjetiva*. Aquela (a objetiva) diz respeito à reputação que terceiros (a coletividade) dedicam a alguém. É a chamada reputação.<sup>240</sup> Esta (subjetiva) tangencia o próprio juízo valorativo que determinada pessoa faz de si mesma. É a autoestima, o sentimento de valorização pessoal, que toca a cada um.

Em resumo: a honra objetiva é o conceito externo, o que os outros pensam de uma pessoa; a honra subjetiva é a sua estima pessoal, o que ela pensa de si própria.<sup>241</sup>

Admite-se a violação tanto da honra objetiva, quanto da subjetiva, propiciando, em ambas as hipóteses, reparação por dano moral. Nesse passo, já reconheceu a melhor jurisprudência que é possível concretizar-se um dano à pessoa independentemente da conotação média da moral social, “posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio, inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de autoestima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 270.730/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.12.2000, DJU 7.5.2001, p. 139).

A reparação do dano à honra exige cuidado especialíssimo do magistrado. É que não se pode olvidar a repercussão da lesão sobre a fama do ofendido. Assim, as condições econômicas e pessoais (culturais, inclusive) dos envolvidos (lesante e lesado), além da propagação social do dano, têm de ser sopesadas pelo juiz no arbitramento do *quantum indenizatório*. Até porque a indenização por dano moral tem natureza compensatória, não servindo para, efetivamente, reparar o prejuízo sofrido (afinal, aquele dano não tem preço). E exige-se equilíbrio no arbitramento do valor indenizatório: não pode ser leve a ponto de não servir de desestímulo ao lesante, nem robusta de modo a propiciar o enriquecimento sem causa da vítima.

Nessa tocada, o art. 953 do Código Civil alude à indenização por injúria, difamação ou calúnia, consistindo “na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

De fato, a vida em sociedade impõe limites, de ordem ética e jurídica, para que as pessoas não sejam molestadas em sua reputação, por conta da liberdade de expressão alheia.

No mundo contemporâneo, a proteção da honra vai ganhando dimensões alarmantes. O espaço da *Internet* é ambiente fértil para afrontas à reputação social de pessoas humanas. Um exemplo disso é a inserção de perfil correlacionando alguém a um *site* de prostituição. Nesses casos, malgrado não possa se imputar ao servidor de hospedagem o absurdo dever jurídico de fiscalizar todas as publicações que são feitas a todo tempo, é possível afirmar que, uma vez comunicado da prática ilícita, deve imediatamente atuar, retirando as veiculações, sob pena de responsabilidade civil.<sup>242</sup>

<sup>240</sup> Com o mesmo pensar, CARLOS ALBERTO GHERSI. *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 246.

<sup>241</sup> Assim, também, FÁBIO ULHOA COELHO, para quem “a honra subjetiva (a estima que cada pessoa nutre por si mesma) e a objetiva (a reputação de que goza cada pessoa entre os seus conhecidos) não podem ser prejudicadas por opiniões ou narrativas de outras pessoas” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 205).

<sup>242</sup> O Superior Tribunal de Justiça já deliberou sobre o tema, endossando a tese aqui defendida: “3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário *não é*



De qualquer modo, não caracteriza violação à honra, no entanto, a difusão de fato que diz respeito ao interesse público, como a apuração de fatos criminosos, quando verdadeiros. É a conhecida *exceptio veritatis* (exceção da verdade), permitindo que se prove a veracidade dos fatos alegados. Lado outro, sendo falsos os fatos imputados, caracteriza-se dano ao titular.

Na esfera penal, o atentado à honra pode caracterizar crime contra a honra, em uma de suas modalidades: calúnia, injúria e difamação (CP, arts. 138 a 140).

Também o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), subscrito pelo Brasil e vigendo em nosso país, reconhece a proteção à honra, no art. 11, dispondo que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

#### 4.11.5 Direito à integridade intelectual

##### a) Noções gerais

Os direitos da personalidade no âmbito intelectual destinam-se à proteção conferida ao elemento criativo, típico da inteligência humana. São as criações, as manifestações do intelecto, como a liberdade de pensamento e o direito ao invento, além do contundente exemplo do direito autoral (regulamentado pela Lei nº 9.610/98).

Trata-se de proteção jurídica às obras da inteligência do homem, garantindo ao autor o direito de livremente publicar, motivo pelo qual mereceu de FRANCISCO AMARAL o comentário de que no âmbito intelectual, os direitos da personalidade constituem “a proteção jurídica às obras de inteligência” da pessoa humana.<sup>243</sup>

As criações podem ser destinadas à transmissão de conhecimento (obras estéticas, como livros, DVD's...) ou à aplicação industrial (obras utilitárias, valendo exemplificar com as marcas industriais, os logotipos, os emblemas e marcas empresariais etc.). As primeiras (obras estéticas) são criações submetidas à Lei nº 9.610/98, denominada Lei

---

*atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso*, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. *Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.* 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.186.616/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.8.2011).

<sup>243</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 269.

de Direitos Autorais; as segundas (obras utilitárias) são regidas pela Lei nº 9.279/96, denominado Código de Propriedade Industrial.<sup>244</sup> Fixando a compreensão da matéria: enquanto a Lei de Direitos Autorais protege a criação intelectual, o Código de Propriedade Intelectual tutela o invento que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e com aplicação industrial (Lei nº 9.279/96, art. 8º).

Outras hipóteses de direitos da personalidade enquadrados no âmbito intelectual podem ser trazidas à baila: a proteção da liberdade religiosa e sexual e a liberdade de pensamento.

Também há de ser feita menção ao direito de arena, reconhecido aos esportistas por conta da transmissão pela imprensa de espetáculos e competições em que atuem.<sup>245</sup> É o caso das transmissões pela televisão de jogos de futebol, vôlei e basquete em canais de televisão abertos ou fechados.

É importante registrar que os direitos da personalidade no âmbito intelectual são incorpóreos e, via de consequência, insusceptíveis de apreensão material. Assim, descabe a utilização dos interditos (ações) possessórios na defesa dos direitos da personalidade relacionados à integridade intelectual, como os direitos autorais, conforme entendimento cimentado na Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça.

A proteção de tais direitos se consubstanciará por meio de tutela preventiva (tutela específica – art. 461 do Código de Processo Civil) ou de ação de reparação de danos. Aliás, convém salientar a desnecessidade de prova do prejuízo para a indenização por violação a direito moral de autor, uma vez que o dano se considera ínsito na própria conduta lesiva (*in re ipsa*).<sup>246</sup>

## ***b) O direito autoral e a sua feição de direito da personalidade***

### ***b.1) Noções conceituais***

O direito autoral (ou direito do autor) vem merecendo proteção pela ordem jurídica desde a Convenção de Berlim, de 1908,<sup>247</sup> tendo merecido, em nosso sistema jurídico, tutela em sede constitucional (CF/88, art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX), garantindo aos autores, em geral, o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras. Aliás, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que “toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais que lhes correspondam em razão de produções científicas, literárias ou artísticas de que seja autora” (art. 27 da Lei nº 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais).

<sup>244</sup> Sobre o tema, remeta-se à leitura da obra de CARLOS ALBERTO BITTAR. *Os direitos da personalidade*, op. cit., p. 139.

<sup>245</sup> Defendendo essa ideia, LIMONGI FRANÇA, apud JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, op. cit., p. 105.

<sup>246</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*, op. cit., p. 233.

<sup>247</sup> Registra-se, de qualquer modo, que, muito antes, na Inglaterra, o direito autoral já tinha sido reconhecido formalmente através do *Copyright Act* da Rainha Ana, em 1709. Antes ainda, em 1662, o *Licensing Act* vedou a impressão de livros que não estivessem licenciados regularmente, conferindo proteção às obras literárias.

Sem dúvida, a importância do tema é evidente, pois o direito autoral está presente em todas as atividades e setores da vida em sociedade, seja em produções industriais, seja em criações artísticas e culturais. Até mesmo na *Internet* percebe-se a importância do seu estudo, exigindo-se que a proteção jurídica das obras intelectuais esteja adequada ao avanço tecnológico dos meios de comunicação.<sup>248</sup>

Consiste o direito autoral na proteção conferida às obras intelectuais pela originalidade ou criatividade de forma, independentemente do meio físico em que se encontre (livro, CDs, DVDs, vídeos, *Internet*...).<sup>249</sup> Enfim, é a tutela da criação intelectual.<sup>250</sup>

A relação jurídica autoral é, a toda evidência, privada, baseada na própria *personalidade humana*, somente merecendo proteção por conta do próprio *ato criador*, representando, de certo modo, a própria pessoa do autor.

O *objeto* do direito autoral é a *criação*, seja uma obra literária, artística, científica, arquitetônica etc. Seja mesmo uma criação intelectual ou uma produção do espírito. Nesse passo, estão tuteladas as obras exteriorizadas pela palavra oral (uma conferência, palestra ou aula) ou escrita (um livro ou um artigo científico), pelo gesto (mímica ou coreografia), por sinais ou traços identificadores (um mapa ou um desenho), pelos sons (uma melodia ou uma ópera), pela imagem (um filme ou uma novela), pelas figuras (uma obra arquitetônica ou uma escultura) ou mesmo pela combinação de diferentes meios de expressão (como uma obra teatral ou cinematográfica).<sup>251</sup> Estão alcançados, inclusive, novas criações, descortinadas pelo gênio humano. Igualmente, são tutelados

<sup>248</sup> Tratando da matéria, vide o elucidativo texto de RENATO M. S. OPICE BLUM e JULIANA CANHA ABRUSIO. “Direito autoral eletrônico”, op. cit., p. 289 ss.

<sup>249</sup> Até mesmo a obra fotográfica está protegida em lei: “Publicação de obra fotográfica sem indicação do autor caracteriza violação ao direito autoral, sendo a indenização devida. Não resta dúvida de que a obra fotográfica do autor está sob o amparo da Lei, como também da CF, no seu art. 5º, XXVII” (TJ/SP, Ac. 1ª Câmara, Ap. Cív. 199.429-1/0, Rel. Des. Guimarães de Souza, v. u., RT 710: 51). Do mesmo modo, o crítico de arte também goza de tutela jurídica: “Reprodução não autorizada de texto de autoria de crítico de arte em catálogo para exposição e venda de quadros constitui violação de direito autoral e sujeita o infrator a pagamento de indenização” (TJ/RJ, Ac. Unân., 5ª Câmara, Ap. Cív. 3277, Rel. Des. Narcizo Pinto, DOERJ 19.1.1989).

<sup>250</sup> Em sentido aproximado, CARLOS ALBERTO BITTAR enxerga o Direito Autoral como o ramo do Direito Privado que regula as relações advindas “da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências” (*Direito de autor*, op. cit., p. 8).

<sup>251</sup> Confirmando o amplo espectro de incidência do Direito Autoral, o art. 7º da lei de regência é de clareza solar ao estabelecer proteção para as *criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas*, através de meio já conhecido ou que se invente no futuro, tais como “I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II – as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III – as obras dramáticas e dramático-musicais; IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V – as composições musicais, tenham ou não letra; VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive cinematográficas; VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X – os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII – os programas de computador; XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de conteúdo, constituam uma criação intelectual”.

os direitos do tradutor e os direitos sobre a criação de programas de informática (o chamado *software*).<sup>252</sup>

Todavia, por força das limitações da vida em sociedade, de conotações didáticas ou científicas ou mesmo da impossibilidade de se determinar a titularidade, o nosso sistema legal (Lei nº 9.610/98, art. 8º) excepciona algumas criações, que não servem de objeto de proteção legal. São as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; as informações de uso comum, tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados; o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. Realmente, não seria possível identificar o titular de uma ideia genérica, razão pela qual são justificáveis as exceções legais. Enfim, *não há plágio de ideias* porque a proteção autoralista é deferida a uma ideia materializada, concretizada pelo seu autor, até porque toda e qualquer pessoa humana é, invariavelmente, resultado de um processo de formação cultural, recebendo a influência do meio em que está inserida.<sup>253</sup> Disso decorre a inexistência de direito autoral sobre um determinado estilo ou modo de fazer ou de se comportar, por mais criativo ou genial que seja. Não há uma propriedade sobre uma maneira comportamental. Aliás, se assim não fosse (ou seja, se existisse direito autoral sobre um estilo pessoal), “João Gilberto, por exemplo, poderia ter reivindicado, judicialmente, danos morais pelo uso – por tantos brasileiros e estrangeiros – de sua batida sincopada e de seu estilo de cantar baixinho, características marcantes do ‘estilo Bossa Nova’”, como muito bem lembrado por RODRIGO MORAES.<sup>254</sup>

O titular do direito autoral é, a toda evidência, o criador da obra intelectual, seja pessoa natural ou jurídica<sup>255</sup> (inclusive o Poder Público), por se tratar de quem concebeu e materializou a obra, através de seu engenho e criatividade. Originariamente, pois, o título jurídico que sustenta o Direito em apreço é a *criação*. Em se tratando de pessoa natural, não se exige a capacidade para o reconhecimento da qualidade de *autor*, apenas sofrendo as limitações impostas pela teoria das incapacidades (CC, arts. 3º e 4º) quanto ao exercício dos seus direitos, exigindo-se a presença do representante ou assistente.

A autoria pode ser *individual* ou *plúrima*, esta também chamada de *coautoria*, quando os esforços criativos são compartilhados por duas ou mais pessoas. A coautoria admite diferentes graus, podendo se apresentar em uma divisibilidade absoluta ou relativa

<sup>252</sup> A Lei nº 9.609/98 regulamenta a proteção da propriedade intelectual de programas de computador.

<sup>253</sup> “Obra intelectual. Proteção. Plágio não demonstrado. A simples ideia ou descoberta, enquanto não materializada, é patrimônio de todos, podendo ser utilizada por qualquer pessoa. Inexiste no Caderno ‘Casa & Cia’ trecho que comprove a existência de plágio da obra paradigma ‘Espaço 21’” (TJ/RS, Ac. 9ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70010335065 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, j. 31.8.2005).

<sup>254</sup> MORAES, Rodrigo. *Direitos morais do autor*: repersonalizando o Direito Autoral, op. cit., p. 89.

<sup>255</sup> A título ilustrativo, convém observar que o art. 4º da Lei nº 9.609/98 – a chamada Lei do *Software* – reconhece proteção aos programas de computador dispondo pertencerem os direitos decorrentes dos programas desenvolvidos durante a vigência do contrato ou do vínculo estatutário ao empregador, contratante ou órgão público, salvo disposição em contrário.

ou, ainda, através de fusão das contribuições pessoais de cada autor. Pode se tratar, ainda, de autor estrangeiro, ficando sujeito à proteção prevista em acordos, convenções e tratados internacionais em vigor no Brasil, observada a regra da reciprocidade de tratamento (art. 2º da Lei nº 9.610/98).

De qualquer sorte, além do *autor originariamente reconhecido*, outras pessoas podem encartar-se no sistema de direito autoral, através de ato de transmissão *inter vivos* (por meio de um contrato celebrado pelo titular, transferindo direitos de exploração) ou *causa mortis* (como no caso dos herdeiros de um autor morto). Nessa hipótese, não se olvide que o ato translativo apenas opera a transferência dos efeitos patrimoniais do direito de autor, não havendo uma derivação plena. O titular da obra, normalmente, é identificado pelo seu nome civil, admitido o uso de pseudônimos ou de qualquer outro sinal identificatório (art. 12 da Lei de Direitos Autorais).

Situação especial e interessante concerne à *obra anônima*, aquela em que não se indica o nome do autor, por sua própria opção ou por se tratar de pessoa desconhecida. Nesse caso, não serão alterados os contornos gerais do Direito Autoral, exceto no que tange aos efeitos patrimoniais, que pertencerão a quem publicar. Se, porém, o autor se apresentar ao público, assumirá os seus direitos (que lhe são reconhecidos por essência e natureza), ressalvados os direitos adquiridos por terceiros. Idêntica solução vem sendo acolhida pela jurisprudência no que concerne às obras espíritas psicografadas, reconhecendo a titularidade dos direitos autorais para a editora que publicá-las.<sup>256</sup>

De qualquer modo, hodiernamente, são reconhecidos os chamados *direitos conexos*, oriundos do avanço tecnológico, pelos quais se estende o conceito de autor também ao produtor de fonogramas, garantindo uma remuneração ao investimento realizado.

### **b.2) Espécies (classificação)**

O direito autoral é um direito *sui generis*, possuindo uma evidente natureza híbrida, mista. É que, nos termos do art. 22 da Lei nº 9.610/98, a um só tempo, o direito de autor é direito da personalidade (pela ótica da criação intelectual, que decorre da inteligência humana) e, igualmente, é, também, direito real sobre bem imaterial. Equivale a dizer: o direito autoral é, concomitantemente, *direito da personalidade*, no que tange à criação (ao invento), e é, também, *direito real* (a chamada propriedade intelectual, quanto ao seu exercício).

Bipartem-se, pois, os direitos autorais em dois diferentes feixes, que estão, necessariamente, interligados, formando um todo, uno e indivisível: os direitos morais do autor (de essência personalíssima) e os direitos patrimoniais do autor (de índole material, produzindo efeitos na esfera dos direitos reais, por conta da caracterização de um modelo específico de propriedade). Exemplificando, são de ordem personalíssima

<sup>256</sup> Assim: “Direito autoral. Obra psicografada. [...] Indenização. Não se trata de resguardar direito autoral de alguma entidade espiritual, mas de uma empresa que publicou uma obra intelectual, singular, e que produziu resultado econômico bem palpável. Tendo havido lesão ao direito da empresa titular dos direitos autorais, cabível a indenização pelos prejuízos sofridos” (TJ/RS, Ac. 9ª Câm. Cív., Ap. Cív. 598101079 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 4.8.1998).

o direito à paternidade e o direito à nomeação da obra, dentre outros (art. 24), por não trazerem consigo caráter econômico. De outra sorte, têm natureza real, por conta do conteúdo patrimonial, o direito à exploração do direito autoral, bem como a prerrogativa de utilizar, fruir e dispor da obra (art. 28).<sup>257</sup>

Ademais, considerado o caráter patrimonial dos *direitos materiais de autor* (isto é, da parte patrimonial do direito autoral), é admitida a sua transmissão por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Naquela hipótese (transmissão em vida), a cessão é presumidamente onerosa e reconhece ao autor o direito irrenunciável à percepção de, no mínimo, 5% sobre o preço de comercialização da obra (Lei de Direitos Autorais, art. 38). É o exemplo do escritor que redige um livro, cedendo a exploração a uma editora. Nesta (transmissão por morte), o direito autoral é transmitido pelo prazo de 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor (Lei de Direitos Autorais, art. 41). Findo o referido período, a obra cai em domínio público. É o caso da grande maioria das músicas clássicas, executadas na espera dos cinemas por estarem no domínio público.

Outrossim, é intuitiva a possibilidade de desapropriação dos direitos autorais, no que diz respeito à sua porção patrimonial (propriedade intelectual, que, necessariamente, atendendo ao comando constitucional, tem de cumprir função social), mediante prévia e justa indenização. Bastaria imaginar um direito autoral que, por algum motivo, não esteja cumprindo a sua função social.

### ***b.3) Direitos patrimoniais do autor***

Explica CARLOS ALBERTO BITTAR que os direitos patrimoniais do autor “são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público”.<sup>258</sup>

Em síntese apertada, porém completa, os direitos patrimoniais do autor decorrem, naturalmente, da possibilidade de exploração da sua criação, traduzindo a possibilidade reconhecida ao autor de obter ganhos e vantagens de natureza pecuniária. Por óbvio, é faculdade de o próprio autor destinar, ou não, a sua obra à exploração econômica por ele mesmo ou por terceiro, através de uma cessão, gratuita ou onerosa.

Por conta desse aludido caráter econômico, a execução pública (com finalidade lucrativa, direta ou indireta) de obra musical, de algum autor, impõe a cobrança de valor destinado ao pagamento dos direitos do seu autor. Nesse âmbito musical, a cobrança será promovida pelo Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais – ECAD, que deverá repassar o valor ao autor, nos termos da legislação específica.

<sup>257</sup> Estabelece o art. 39 da Lei de Direitos Autorais que, salvo disposição em contrário através de pacto antenupcial, os direitos patrimoniais de autor não se comunicam ao cônjuge, excetuados os rendimentos resultantes da exploração do direito autoral. Aplica-se o dispositivo legal, também, às uniões estáveis, cujos efeitos patrimoniais são os mesmos do casamento, salvo disposição em contrário (CC, art. 1.725).

<sup>258</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*, op. cit., p. 49.



Em sentido inverso, não havendo intuito econômico, mas uma mera atividade de diversão pública, descabe a incidência dos direitos autorais. Bastaria lembrar a existência de inúmeras festas populares e folclóricas, pelo Brasil afora, promovidas pelo próprio Poder Público e franqueadas, gratuitamente, ao público em geral, como nas comemorações de emancipação política, festejos de São João, dentre outros momentos. Nessas hipóteses, não incidirá a cobrança do direito autoral, por se tratar de execução pública sem proveito econômico. A nossa jurisprudência já tem precedentes diversos nesse sentido.<sup>259</sup> É uma flexibilização do direito autoral, com esteio na função social da propriedade.

Vem entendendo a jurisprudência, além disso, ser devido o recolhimento da taxa por retransmissão da execução de obras, mesmo quando essa retransmissão teve a simples intenção de propiciar maior conforto, comodidade, a terceiros, através de, por exemplo, uma *mera retransmissão radiofônica*. Ou seja, quem *retransmite* tem obrigação de recolher a taxa devida. É o típico exemplo dos hotéis, motéis, pousadas e congêneres que possuam sistema de transmissão de rádio. Nesse diapasão, foi editada a Súmula 63 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 63, Superior Tribunal de Justiça:

“São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais”.

Além disso, não se olvide que a transmissão *causa mortis* dos direitos patrimoniais do autor tem regra específica, distinta do Código Civil. É que, conforme a legislação específica, os aspectos materiais do direito autoral serão transmitidos pelo prazo de 70 anos, a contar do dia 1 de janeiro do ano subsequente à morte do autor. No caso de coautoria, o prazo fluirá a partir do primeiro dia do ano seguinte à morte do último dos coautores. Depois desse prazo, previsto em lei, a obra cairá em *domínio público*. Não é à toa, portanto, que diversos estabelecimento empresariais, pelo Brasil afora, optam por tocar músicas clássicas antigas ou obras outras que já estejam em domínio público, evitando a incidência da taxa devida.

Importante frisar que a proteção e efeitos (inclusive patrimoniais) do direito autoral independem de qualquer registro. É que a simples menção de sua autoria é suficiente para identificar a titularidade.<sup>260</sup> Por isso, a notoriedade da obra ou do invento já confere a proteção necessária ao direito autoral.

#### **b.4) Direitos morais do autor**

Ao lado dos direitos patrimoniais – com evidente índole econômica –, os direitos autorais trazem consigo uma evidente *feição extrapatrimonial*. Cuida-se da multiplicidade

<sup>259</sup> “Direito Autoral. Festejos juninos organizados pela Municipalidade em logradouro público. Ausência de finalidade lucrativa, direta ou indireta. Tratando-se de festejo de cunho social e cultural, sem a cobrança de ingresso, nem a contratação de artistas e inexistente o proveito econômico, indevidos são os direitos autorais. Precedentes. Recurso especial não conhecido” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 514.082/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 11.11.2003, DJU 16.2.2004, p. 264).

<sup>260</sup> Também com esse pensar, OPICE BLUM E ABRUSIO: “Direito autoral eletrônico”, op. cit., p. 292.



de possibilidades conferidas ao autor, visando assegurar o exercício da obra em si mesma e em nome do próprio autor.

Como bem observa RODRIGO MORAIS, em obra dedicada ao tema e com precisão cirúrgica, “o direito moral de autor possui um duplo fundamento: tutela da personalidade do autor e tutela da obra como entidade própria”.<sup>261</sup>

É evidente que os direitos morais do autor não seguem, em linhas gerais, as mesmas características dos direitos patrimoniais. Trata-se de situação jurídica personalíssima, que não admite cessão e que está, a toda evidência, a salvo de penhoras ou atos de disposição. Enfim, é uma projeção da própria personalidade do autor.

Partindo da própria redação do texto legal (Lei nº 9.610/98), vale pontuar os direitos morais do autor: (i) direito à paternidade da obra; (ii) direito ao ineditismo da obra; (iii) direito à integridade da obra; (iv) direito à modificação da obra; (v) direito ao arrependimento da obra; (vi) direito ao acesso a exemplar único e raro da obra em poder de terceiro.

Alguns aspectos curiosos e relevantes merecem debate específico.<sup>262</sup> Vejamos.

De saída, é mister deixar patente que o *direito à paternidade da obra* é adquirido com a criação da obra e não com o registro dela. É que o nosso sistema jurídico, andando muito bem nesse ponto, adotou a facultatividade do registro da criação, protegendo, desse modo, a criação e o seu autor contra “registradores profissionais”. A efetiva existência de um registro gera uma presunção relativa de autoria, admitindo, contudo, prova em contrário.

Quanto ao *direito ao ineditismo*, convém lembrar que somente ao autor compete deliberar sobre o momento adequado para dar conhecimento ao público de sua obra. Circunstâncias absolutamente íntimas, portanto, resguardam essa prerrogativa do autor de manter a sua obra inédita, aguardando um momento propício ou uma melhor maturação de seu invento. Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça condenou uma revista especializada que publicou, sem autorização prévia do autor, o final da novela *Ti Ti Ti*, exibida pela Rede Globo de Televisão:

“Direitos Autorais. Novela. Desfecho antecipado por publicação em revista. Reprodução *ipsis litteris* de boa parte do *script* do último capítulo, inédito. Ausência de autorização do autor. Conduta que não encontra abrigo ou respaldo nos direitos de citação ou informação. Enriquecimento sem causa. Configuração. Indenização devida” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 23.746-8/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.3.1995, DJU 2.10.1995).

Já o *direito à integridade da obra* tem largo espectro, dizendo respeito à garantia reconhecida ao criador de deixar a sua criatura a salvo de ingerências indevidas de terceiros.

<sup>261</sup> MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral*, op. cit., p. 9.

<sup>262</sup> As referências feitas nesse tópico são baseadas, em linhas gerais, na belíssima obra do professor baiano RODRIGO MORAES, que, de forma pioneira, aprofunda o estudo dos aspectos personalíssimos do direito autoral e cuja leitura se recomenda, expressamente, nessa oportunidade, Cf. *Direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral*, op. cit., passim.

É um mero reflexo da própria criatividade do autor, em sua essência. Ou seja, quem criou a obra tem o direito de vê-la de maneira íntegra e completa. Exemplo contundente desse direito à integridade absoluta da obra advém do art. 621 do Código Civil, que garante ao arquiteto o direito de não ter a sua criação modificada pelo dono da obra, sem sua expressa e prévia autorização. É o caso dos inúmeros empreendimentos imobiliários, em todo o nosso país, que são vendidos a partir de um projeto arquitetônico de determinada pessoa (não raro, famosa e premiada) e que, depois de instalado o condomínio, aprova-se, em assembleia, a mudança na fachada ou na estrutura do imóvel, sem qualquer consulta àquele que idealizou todo o projeto. A redação do dispositivo é de clareza meridiana:

Art. 621, Código Civil:

“Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária”.

Ainda tratando da *integridade da obra*, convém o registro de que o *ter não pode superar o ser*, como exaustivamente afirmado anteriormente. Ou seja, não se pode imaginar que o direito à integridade da obra seja da obra em si mesma, mas sim um direito conferido ao seu autor, por conta de todo o processo de criação. Trilhando essas pegadas, deflui-se que obras plásticas assinadas expressamente pelo seu criador, por exemplo, mesmo que cedidas, onera ou gratuitamente a terceiros, não podem ser modificadas sem a expressa anuência do autor. A questão já mereceu reconhecimento em nossa jurisprudência superior:

“Destruição de obra de arte pertencente ao patrimônio público. Ato ilícito. Direito do autor. Indenização devida [...] Assim como o detrimento a bens materiais ocasiona prejuízo patrimonial, ‘a agressão aos bens imateriais configura prejuízo moral’. Uma vez incontroversa a existência do dano e admitida a sua responsabilidade, decorre daí ser o mesmo indenizável, não pelo simples decurso do tempo ou pelo desgaste natural, mas justamente pela comprovada destruição da obra de arte, que é projeção da personalidade do autor” (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 37.374-3/MG, Rel. Min. Hélio Mossimann, j. 28.9.1994).

Com relação ao *direito à modificação da obra* reconhecido ao autor, convém registrar que o processo de criação traz a reboque, naturalmente, a possibilidade de mudança de sua estrutura, com vistas ao aprimoramento ou, simplesmente, à mudança da obra. Não há objeção à explicação de RODRIGO MORAES: “O direito moral de modificação corresponde à prerrogativa exclusiva que o criador tem de alterar o conteúdo de sua obra, antes ou depois de utilizada, seja por mudança de concepção estética, seja por quaisquer outros motivos de ordem tanto econômica, quanto religiosa ou moral, ressaltadas algumas hipóteses de direitos adquiridos por terceiros”.<sup>263</sup> Aliás, considerada

<sup>263</sup> MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral*, Op. cit., p. 197.

a natureza personalíssima do direito à modificação da obra, não é difícil concluir que os herdeiros do criador não podem, ao seu livre-arbítrio, promover mudanças estruturais na obra, porque tal prerrogativa não lhes foi conferida.<sup>264</sup>

Interessante refletir, ainda, que o *direito ao arrependimento* reconhecido ao autor nada mais é senão simples projeção da própria evolução humana, que vem, ao longo dos tempos, marcando os seres mais evoluídos. Um poético trecho de CHICO BUARQUE DE HOLLANDA já dizia: “*you que inventou a tristeza, ora, tenha a fineza de desinventar, você vai pagar, e é dobrado, cada lágrima rolada desse meu olhar*”, explicitando a importância de evoluir e mudar de opinião, como um fenômeno típico do processo de crescimento e aprendizado. Ao autor não pode ser diferente. Efetivamente, não se lhe pode subtrair o direito de se arrepender da criação e, simplesmente, vê-la retirada da exposição ao público, em respeito ao seu processo inventivo.<sup>265</sup>

E, finalmente, o *direito de acesso ao exemplar único e raro da obra em poder de terceiro* (art. 24, VII, da Lei de Direitos Autorais) nada mais é do que o reconhecimento de ter em mãos a própria criação. Cuida-se de explícita limitação ao direito de propriedade, reclamando dois requisitos: (i) que o exemplar seja raro e único; (ii) *que o exemplar esteja legitimamente em poder de outrem*. De mais a mais, tal direito deve ser exercido pelo autor da maneira menos gravosa para o proprietário, que será privado da sua titularidade. É, sem dúvida, uma manifestação da *função social da propriedade*, mitigando o direito do proprietário, para respeitar o direito do autor de ter consigo, ao menos, um exemplar de sua criação.

### ***b.5) As ilicitudes contra o direito autoral e a sua proteção jurídica***

A simples possibilidade de violação por terceiro justifica, tranquilamente, a proteção dedicada ao direito autoral. Máxime no mundo pós-moderno, no qual o desenvolvimento tecnológico e as descobertas científicas permitem, a cada instante, uma nova forma de comunicação, abrindo fronteiras nunca antes imaginadas.

A proteção do direito (moral ou patrimonial) do autor não depende de prévio registro da obra, pois, como visto alhures, tal providência administrativa é facultativa, adquirindo-se a proteção legal pelo simples ato de criação.

As figuras mais comuns de atentado ao direito autoral são o *plágio*, a *contrafação*, a *usurpação de nome ou pseudônimo alheio* e a *modificação não autorizada de obra de terceiro*.

O plágio é a imitação pueril e fraudulenta de obra alheia, com, ou sem, mecanismos dissimulatórios. É a reprodução indevida de trechos ou da inteireza de uma obra

<sup>264</sup> Nessa esteira, veja-se o art. 35 da Lei nº 9.610/98: “quando o autor, em virtude de revisão, tiver dado à obra versão definitiva, não poderão os seus sucessores reproduzir versões anteriores”.

<sup>265</sup> RODRIGO MORAES lembra interessantes episódios, envolvendo o direito ao arrependimento, recordando que a artista Xuxa Meneghel, no longínquo ano de 1982, estrelou um filme erótico, no qual o seu personagem era uma prostituta sedutora de um adolescente, quando ainda estava em início de carreira. Posteriormente, com a sua imagem, inexoravelmente, ligada ao público infanto-juvenil, teve reconhecido, judicialmente, o direito de não ter aquela película veiculada por meio de fitas de videocassetes, o que decorre da possibilidade, concreta e real, de arrependimento. cf. *Direitos morais do autor*: repersonalizando o Direito Autoral, op. cit., p. 237.

pertencente a terceiro, sem a sua devida referência. Cuida-se de conceito aberto, pela natural dificuldade de se delimitar a ocorrência da apropriação, no todo ou em parte, de elementos integrantes de uma outra criação. A dificuldade é ainda maior quando se recorda a inexistência de *plágio de ideias*.<sup>266</sup>

A outro giro, a contrafação é a publicação ou reprodução abusivas de obras alheias, sem a necessária aquiescência do autor, independentemente da destinação (lucrativa ou não) e da finalidade.<sup>267</sup> Enfim, “é a cópia não autorizada de uma obra tangível”,<sup>268</sup> como vem entendendo a jurisprudência.<sup>269</sup> Tais ilicitudes, como se pode notar, não se confundem com a usurpação de nome ou de pseudônimo, que se caracteriza em atribuir uma obra estranha a outrem para indevido proveito, econômico ou social, decorrente da condição de titular.

Em uma perspectiva pragmática, é possível afirmar que o plágio afronta o direito moral do autor, enquanto a contrafação atenta contra o seu direito patrimonial.<sup>270</sup>

É certo, de qualquer modo, que outras ilicitudes são possíveis no âmbito dos Direitos Autorais, como hipóteses de alteração da obra sem prévia aquiescência do autor ou mesmo supressão de autoria.

Para toda e qualquer ilicitude o sistema protetivo dos direitos autorais é, seguramente, a *tutela específica*, através da providência que se apresentar, em cada caso, mais adequada, consoante indicação do art. 461, em especial do seu § 5º, do Código de

<sup>266</sup> O Tribunal de Justiça bandeirante teve oportunidade de reconhecer a inexistência de plágio de ideias ao dirimir conflito entre duas emissoras de canais de televisão abertos, por conta da veiculação por uma delas de um programa no formato *reality show*, em moldes assemelhados ao programa já existente na emissora concorrente. Afirmou o Sodalício: “Direito Autoral. Imputação de plágio. Ausência de dados suficientes para convencer de sua caracterização. Audiovisual. Programa tipo *reality show*, sem roteiro, por não possuir conteúdo definido em um texto predeterminado. Ideia de circunscrever pessoas em recintos fechados e método operacional de realização, visando expor os comportamentos dos participantes, não protegidos pelo Direito Autoral. Formato televisivo que não se confunde com assunto, argumento ou obra literária. Inexistência de tutela legal” (TJ/SP, Ac. 5ª Câmara de Direito Privado, AgReg. 228.409.4/6-01, Rel. Des. Marcus Andrade, j. 6.12.2001).

<sup>267</sup> Separando as figuras, CARLOS ALBERTO BITTAR promove interessante distinção: “Observa-se que, no plágio, a obra alheia é, simplesmente, apresentada pelo imitador como própria, ou sob graus diferentes de dissimulação. Há absorção de elementos fundamentais da estrutura da obra, atentando-se, pois, contra a personalidade do autor (frustração da paternidade). Na contrafação, há representação ou reprodução de obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Inclui-se, em seu âmbito, a derivação sem consentimento (a adaptação ou a tradução ou a variação de tema), eis que sempre se via ao aproveitamento econômico indevido da obra (atentando contra o aspecto patrimonial, ou contra a obra em si)” (*Direito de autor*, op. cit., p. 149).  
<sup>268</sup> STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 979.379/PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 218.08, DJU 5.9.2008.

<sup>269</sup> Noutro interessante julgado, a Corte Superior esclareceu, em tom didático: “Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma arbil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público-alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1032014/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.5.2009, DJU 4.6.2009).

<sup>270</sup> Incorporando tal pensamento, SIMONE LAHORGUE NUNES explica que a contrafação é uma “reprodução não autorizada”, enquanto o plágio não é uma cópia servil, mas a apropriação “da essência criadora da obra”, ocultando o nome do autor e “dando a si a autoria da obra”. Cf. “Notas sobre o plágio de obra literária e institutos afins”, op. cit., p. 82.

Processo Civil. Assim, em cada caso, deverá o magistrado adotar a providência que se mostrar mais eficiente (enfim, a tutela que se mostrar *específica*) para proteger de forma integral o direito autoral. Ilustrativamente, poderá o juiz determinar multa diária (*astreintes*), restrição de direitos, busca e apreensão de material etc.

O manejo da tutela específica, porém, não obsta a utilização, cumulativamente ou não, de tutela reparatória, através de indenização por danos morais ou materiais causados ao autor.

Em face do caráter intangível dos direitos autorais, relembre-se o descabimento de uso das medidas possessórias, consoante cimentou a Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 228, Superior Tribunal de Justiça:

“É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”.

**c) *Direito à liberdade de crença e autodeterminação religiosa como garantia da integridade intelectual da pessoa humana***

É certo – e nisso não se põe dúvidas – que o direito à liberdade de crença (e não apenas o direito à liberdade de religião) está previsto em sede constitucional (art. 5º, VI, VIII e XVIII) e representa, incontroversamente, uma projeção da garantia de integridade intelectual da pessoa humana.

E mais: a Constituição, ao assegurar a liberdade de credo, não condicionou o seu exercício a qualquer autorização prévia de quem quer que seja.<sup>271</sup>

Extraí-se do art. 5º, VI, da norma constitucional: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Assim sendo, é fácil perceber que o direito à liberdade de crença, mais do que simplesmente significar o direito de participar do culto religioso e a liberdade de expressão religiosa, tem estrutura interna (conteúdo) muito mais complexa. O direito à liberdade de crença, confirmando um estado laico, significa a possibilidade de autodeterminação, de poder se comportar de acordo com os seus próprios valores espirituais e morais e, sobretudo, pautar-se, em sua vida pessoal, de acordo com a sua própria religiosidade. Enfim, a partir da amplitude garantista do inciso VI do art. 5º da *Lex Fundamental*, está assegurada a todo e qualquer cidadão a liberdade de crer (ou de não crer) e de se autodeterminar conforme essa crença (ou não crença). E, por isso, integra o âmbito da garantia constitucional fazer proselitismo e propagação de sua crença ou de sua descrença.

Nessa levada, MANOEL JORGE E SILVA NETO expõe: “A liberdade de crença, conjugada à de consciência, permite considerar que o indivíduo poderá crer no que quiser, e

<sup>271</sup> Sobre o tema, seja consentido remeter ao imperdível texto de JOÃO BATISTA VILLELA. “O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico”, op. cit., em especial, p. 63. Naquela sede, afirma o mestre mineiro que atentar contra a liberdade de crer e seguir uma religião revela um mal preparo para o exercício da medicina e do direito.

expressar publicamente a sua crença; mas não se lhe interdita, contudo, a liberdade de não crer em absolutamente nada, assim como de utilizar meios para a divulgação do seu agnosticismo”.<sup>272</sup>

Com isso, releva defender a possibilidade de projeção de efeitos jurídicos concretos a partir da liberdade de crença, exigindo-se que o Estado, a sociedade privada e os particulares abstenham-se de toda e qualquer prática discriminatória, não só em abstrato, mas, efetivamente, em concreto, garantindo o direito à crença.

Aponte-se, por isso, que as manifestações decorrentes da liberdade de crença constituem expressão da personalidade das pessoas, apresentando-se como mecanismo de concretização de sua própria dignidade. Afetam, desse modo, somente o próprio titular e estão protegidas pela autonomia privada, que decorre do seu direito à autodeterminação. O próprio inciso VIII do art. 5º da Constituição da República é alvejante ao estabelecer que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

Dando contornos concretos ao direito fundamental à liberdade de crença, vale lembrar algumas manifestações católicas, toleradas juridicamente, como a autoflagelação com chicotes como ato de penitência para expurgar os pecados, além de lembrar e sentir o sofrimento de Cristo. Sobre o assunto, como não lembrar do personagem Silas, do festejado romance *O Código da Vinci*, de DAN BROWN, que se impunha sacrifícios físicos dolorosos como meio de se penitenciar?

Ora, caro leitor, se em situações tais, o ordenamento jurídico confere juridicidade ao comportamento decorrente da liberdade de crença, não tem como tratar diferentemente outras religiões. Nessa linha de intelecção, considerando ainda que o Estado brasileiro é laico, não se pode aceitar que determinadas práticas religiosas sejam admitidas e outras práticas, manifestadas por grupos religiosos minoritários, sejam repugnadas ou proibidas, em nome de argumentos jurídicos. Assim, os seguidores do candomblé e do espiritismo, os Adventistas do Sétimo Dia e mesmo os Testemunhas de Jeová possuem, inexoravelmente, o mesmo direito de autodeterminação, comportando-se de acordo com a crença religiosa abraçada.

Lembra ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES que, no candomblé, há um ritual de disposição do próprio corpo, através da “raspagem da cabeça do recém-iniciado (no candomblé), que tem o seu crânio cortado com navalha. Acredita-se que por esses cortes o orixá entrará no corpo da pessoa quando houver incorporação”.<sup>273</sup> Trata-se, como se pode notar, de situação similar ao autoflagelo, decorrendo da liberdade de crença.

Também não se pode negar ao espírita a liberdade de crença. Por isso, a cerimônia de casamento celebrada por médium espírita há de produzir os mesmos e regulares efeitos

<sup>272</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*, op. cit., p. 120-121.

<sup>273</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*, op. cit., p. 194-195. Acresce, ainda, a eminente professora baiana que “a raspagem da cabeça e a abertura de incisões em diversas partes do corpo da pessoa são passos obrigatórios e têm o principal objetivo de inserir um preparado que, acredita-se, determinará a ancestralidade da entidade à qual o iniciado estará ligado”.



decorrentes de uma cerimônia presidida por outra autoridade religiosa, como um padre ou um pastor. Aliás, convém o registro de que o Tribunal de Justiça da Bahia, no julgamento de um mandado de segurança impetrado contra o ato que indeferiu o registro de um matrimônio celebrado em centro espírita, deferiu a ordem requerida, reconhecendo a liberdade de crença como preceito constitucional (MS 34.739-8/05, Rel. Desa. Ruth Pondé Luz). Naquela oportunidade, o bem lançado parecer do Ministério Público baiano foi decisivo ao esclarecer que “a liberdade de religião enseja ao direito individual desdobramentos que asseguram a liberdade de crença, de culto e de organização. Na liberdade de credo, o que se preserva é a escolha da religião, o direito de aderir, mudar ou mesmo não adotar crença alguma”. E mais adiante arremata com precisão cirúrgica: “a liberdade de culto é a proteção conferida à prática dos ritos, cerimônias, manifestações, reuniões, tradições e hábitos da religião escolhida”.<sup>274</sup>

De igual sorte, não se pode negar ao Adventista do Sétimo Dia o direito de guardar o sábado, não praticando qualquer ato que implique em proveito pessoal. Aliás, o reconhecimento do direito (constitucional) à liberdade de crença faz com que o seguidor da orientação da Igreja Adventista do Sétimo Dia tenha o inescandível direito de que as provas e etapas de um *concurso público* não sejam marcadas para o dia de sábado. Trata-se de garantia constitucional e, como tal, constitui cláusula pétrea, materializando sua integridade intelectual e a sua própria dignidade. Com o mesmo sentir, MANOEL JORGE E SILVA NETO é enfático ao afirmar que “embora represente um custo maior para o órgão que disponibiliza as vagas a serem preenchidas por via de concurso público, o direito individual à liberdade religiosa do adventista não deve ceder espaço à comodidade da Administração Pública”, defendendo, assim, o direito do adventista de ter respeitada a sua crença.<sup>275</sup>

Bem por isso, o Pretório mineiro vem reconhecendo o direito do seguidor da Igreja Adventista do Sétimo Dia de realizar prova em concurso público em dia distinto:

“Mandado de segurança. Concurso. Crença religiosa. Nova data para a realização do teste físico. Possibilidade.

É garantido constitucionalmente o direito de mudança de data para realização de teste físico em concurso público, mormente por ser a liberdade de crença (Adventista do Sétimo Dia) um direito daqueles que professam a sua respectiva religião. Faz parte da liberdade de culto assegurado pela Constituição da República o dia a este reservado” (TJ/MG, Ac. Unân., 7ª Câmara Cív., Reex. Nec. 1.0145.07.377345-2/001(1) – Comarca de Juiz de Fora, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. 29.4.2008, *DJMG* 5.6.2008).

De qualquer maneira, procurando conciliar o direito do Adventista com o princípio da impessoalidade que norteia a Administração Pública, entendemos que, designada

<sup>274</sup> O parecer do Ministério Público, que teve o número 7540/05, é da lavra dos Procuradores de Justiça José Edivaldo Rocha Rotondano e Carlos Frederico Brito dos Santos, datado de 31.10.2005, chegando mesmo a afirmar, corretamente, que esse direito à liberdade de credo concerne “à possibilidade do estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”.

<sup>275</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*, op. cit., p. 142.



uma prova de concurso ou seleção pública para o sábado pela manhã, a solução que melhor atende às diretrizes constitucionais é garantir ao candidato adepto da religião Adventista do Sétimo Dia o direito de iniciar a sua prova às 18 h do sábado, devendo permanecer incomunicável até aquele momento, em sala localizada no local das provas, submetendo-se, então, à mesma avaliação que foi aplicada aos demais candidatos.<sup>276</sup> Desse modo, harmoniza-se o interesse público com o direito individual e fundamental de crença. Foi exatamente por isso que o Supremo Tribunal Federal, em decisão coerente, já teve oportunidade de indeferir um mandado de segurança impetrado pela União com o objetivo de cassar uma decisão que garantiu a um candidato a concurso público, seguidor da Igreja Adventista do Sétimo Dia, o direito de realizar as provas em outro horário, respeitando a sua liberdade, observada a sua incomunicabilidade durante o período da prova (STF, SS2144/DF, decisão da lavra do Min. Marco Aurélio, j. 19.4.2002).

No que concerne aos seguidores da Igreja dos Testemunhas de Jeová, outra solução não se pode reconhecer. Não receber sangue, em transfusão, é direito do Testemunha de Jeová, como projeção de sua própria integridade intelectual. Impor-lhe sangue é violar a sua dignidade. Por isso, “o desprezo que médicos e juízes demonstram para com a opção não transfusionista das Testemunhas de Jeová revela bem até que ponto o suposto respeito pela vida alheia mascara visões autoritárias e invasivas”, nas palavras certeiras de JOÃO BATISTA VILLELA.<sup>277</sup>

Com efeito, em todas as situações narradas, tem-se o traço comum do conteúdo da liberdade de crença, que significa (muito mais do que somente ter a liberdade de culto e de expressão) a possibilidade de autodeterminação conforme as próprias convicções

<sup>276</sup> Propagando a mesma solução para o caso, veja-se a lição de MANOEL JORGE E SILVA NETO. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*, op. cit., p. 143. Em sede jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já tem precedentes, acatando, como solução para o caso, o direito de realizar a prova em horários diferenciados ou, no caso de já estar matriculado, ter as faltas abonadas. Veja-se: “Agravado de instrumento. Mandado de segurança. Concessão de liminar, em favor de membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, para determinar a realização de provas do vestibular em horários diferenciados. Competência da Justiça Comum Estadual. Preliminar insubsistente. Cabimento da tutela. A bem lançada argumentação quanto à perspectiva de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, com base no art. 5º, VI e VIII, da Magna Carta, e mais a data próxima para a realização dos exames, autorizam a concessão da liminar. Preliminar rejeitada. Agravado improvido” (TJ/BA, Ac. Unân., 4ª Câmara Cív., Agr. Instr. 51-7/07 – Comarca de Salvador, Rel. Des. Antonio Pessoa Cardoso, j. 25.4.2007). “Agravado de Instrumento em Mandado de Segurança. Crença religiosa. Adventista do Sétimo Dia. Disciplinas ministradas sexta-feira à noite e sábado pela manhã. Decisão determinando que a Universidade-Agravante abonasse as faltas já existentes em nome do agravado, bem como, fosse apresentado um horário alternativo ou aplicada prestação alternativa, sempre compatíveis com a crença religiosa do agravado. Inconformismo da Universidade-Agravante. Inacolhimento. [...] Direito à liberdade religiosa. Impossibilidade de restrição de direito em razão de crença religiosa. Direitos respectivamente previstos nos incisos VI e VIII da CF/88. Mecanismo para garantia de uma vida digna. In casu, os documentos atestam que o agravado é membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia ‘Voluntários da Pátria’. Como cedo, a referida religião guarda o período que se inicia com o pôr-do-sol da sexta-feira e se finda com o pôr-do-sol do sábado, reservando-o para o exercício de atividades de cunho não particular. Em respeito ao direito constitucionalmente previsto, a instituição de ensino não pode negar ao aluno regularmente aprovado em vestibular um meio alternativo para suprir as disciplinas ministradas em horário incompatível com sua crença religiosa. Recurso improvido” (TJ/BA, Ac. Unân. 2ª Câmara Cív., Agr. Instr. 26589-2/2009 – Comarca de Feira de Santana, Rel. Des. Maria do Socorro Barreto Santiago, j. 6.10.2009).

<sup>277</sup> VILLELA, João Batista. “O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico”, op. cit., p. 63.

religiosas, sem coação externa e sem atentados de terceiros. É o direito de viver e praticar o seu credo, através de atividades físicas, espirituais ou intelectuais, seja mediante a associação (voluntária) com terceiros, seja através de atos pessoais ou mesmo sociais.<sup>278</sup>

## 5 O NOME CIVIL

### 5.1 Noções conceituais e características

É certa e incontroversa a importância de cada pessoa ser identificada socialmente, individualizando-se em relação às demais. Aliás, data de priscas eras a importância conferida ao nome, percebendo-se até mesmo na Bíblia Sagrada que, entre os hebreus, emprestava-se nome individual aos recém-nascidos logo aos oito dias de vida, momento em que se dava a circuncisão, somente vindo a ser admitida a homonímia tempos depois, fruto do crescimento populacional.<sup>279</sup>

Surge, assim, a partir dessa indubitosa necessidade de individualização da pessoa no seu grupo social respectivo, o *nome civil*, como verdadeiro *atributo da personalidade*, consistente no direito à identificação (espécie dos direitos da personalidade).

O *nome civil* é o sinal exterior pelo qual são reconhecidas e designadas as pessoas, no seio familiar e social. Na imagem simbólica de JOSSEAND, “é a etiqueta colocada sobre cada um”. Enfim, é o *elemento designativo da pessoa*.

Nessa linha de intelecção, ADRIANO DE CUPIS, com visão avançada, compreende o nome como elemento individualizador da pessoa, seja física ou jurídica, designando e distinguindo “todo o sujeito na sociedade civil”.<sup>280</sup>

O nome é direito da personalidade (e não direito de propriedade, como já se quis afirmar doutrinariamente), pois toda e qualquer pessoa – natural ou jurídica – tem direito à identificação. Esclarece, corretamente, PEDRO HENRIQUE DE MIRANDA ROSA que “o nome é um direito essencial da pessoa, pois é através dele que é conhecido na sociedade”.<sup>281</sup>

A legislação civil, inclusive, coaduna-se com esse entendimento, cuidando do nome civil no capítulo dedicado aos direitos da personalidade (arts. 16 a 19, Capítulo II, do Título I, do Livro I), conferindo-lhe idêntica proteção (CC, art. 12).

<sup>278</sup> Exatamente por essa trilha de pensamento, a Suprema Corte norte-americana, no primeiro caso que envolveu a liberdade religiosa, julgou o caso “Gonzales vs. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal”, deliberando pela licitude do uso do chá de ayahuasca nos cultos do Santo Daime. Por unanimidade, a Corte, presidida por John Roberts, entendeu que o chá faz parte do ritual de conexão com Deus para os seguidores daquela seita (que foi, lembre-se, fundada no Brasil). Por isso, os agentes federais não poderiam confiscar o vegetal utilizado para o chá. A notícia consta da *Revista Trimestral de Direito Civil* 26: 276. Em 21 de fevereiro de 2006, a Corte Suprema norte-americana decidiu em favor da Entidade, reconhecendo como lícito o uso do seu sacramento, a Hoasca.

<sup>279</sup> Demonstrando a importância histórica do nome, com maior profundidade, em monografia dedicada ao tema, JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 2 ss.

<sup>280</sup> AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 6.

<sup>281</sup> ROSA, Pedro Henrique de Miranda. *Direito Civil: parte Geral e Teoria Geral das Obrigações*, op. cit., p. 44.

A natureza personalíssima do nome civil inspira o art. 17 do Código de 2002, vedando a utilização do nome em publicações ou representações que exponham ao desprezo público o seu titular, ainda que sem intenção difamatória. Pela mesma perspectiva, também é vedada a exploração comercial do nome de uma pessoa, sem a sua anuência. Como bem percebem LUCIANO FIGUEIREDO e ROBERTO FIGUEIREDO, ilustres civilistas baianos, “trata-se de hipótese de *responsabilidade objetiva*, pois independe da presença de culpa”.<sup>282</sup> A jurisprudência já abraçou esse entendimento, como se nota de interessante caso:

“4. O nome é um dos atributos da personalidade, mediante o qual é reconhecido o seu portador, tanto no campo de sua esfera íntima quanto nos desdobramentos de suas relações sociais. Ou seja, é através do nome que se personifica, individua e identifica exteriormente uma pessoa, de forma a impor-lhe direitos e obrigações.

5. A inclusão equivocada dos nomes de médicos em ‘Guia Orientador’ de Plano de Saúde, sem expressa autorização, constitui dano presumido à imagem, gerador de direito à indenização, inexistindo necessidade de comprovação de qualquer prejuízo. Vale dizer, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 1.020.936/ES, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 17.2.2011, DJe 22.2.2011).

Reconhecido o nome como direito da personalidade, impõe-se, outrossim, detectar algumas de suas características mais relevantes. Assim, o direito ao nome civil é:

- i) *absoluto* (produzindo efeitos *erga omnes*);
- ii) *obrigatório* (o art. 50 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos proclama a necessidade de registro civil de todas as pessoas nascidas, inclusive os natimortos);
- iii) *indisponível* (uma vez que não pode o titular ceder, alienar, renunciar, dentre outras formas de disposição);
- iv) *exclusivo* (característica inerente, apenas, à pessoa jurídica, uma vez que impossível de ser aplicada à pessoa natural, a quem se permite a homonímia);
- v) *imprescritível* (não sendo possível perder o nome pelo não uso);
- vi) *inalienável* (reconhecida a impossibilidade de a pessoa humana vender ou dar o seu nome como decorrência lógica da própria impossibilidade de dispor da própria identificação pessoal. No entanto, não se olvide que a pessoa jurídica poderá dispor de seu *nome de fantasia*, que se trata de elemento componente de seu patrimônio);
- vii) *incessível* (caráter privativo, também, da pessoa natural, inaplicável à pessoa jurídica);
- viii) *inexpropriável* (não sendo suscetível de desapropriação pelo Poder Público, salvo em se tratando de nome de pessoa jurídica, em face de seu conteúdo patrimonial);

<sup>282</sup> FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 253.

- ix) *irrenunciável* (salvo casos especiais, em que se admite o despojamento de parte do nome);
- x) *intransmissível* (consequência natural da indisponibilidade).

A principal característica do nome, entretanto, é a *imutabilidade relativa*, compreendendo-se que, por estar intimamente ligado à identidade da pessoa, permitindo sua identificação no meio social, o nome civil somente pode ser alterado em circunstâncias excepcionais, com justa motivação e desde que não imponha prejuízo para terceiros. É o que preconiza o art. 58 da Lei de Registros Públicos – LRP. Alguns exemplos, bastantes comuns em nosso cotidiano, são a mudança de nome pelo casamento, pela dissolução do casamento ou pela adoção.

Demais de tudo isso, o nome civil é matéria de ordem pública, já que todo nascimento deve ser registrado no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais – LRP, arts. 54 e 55. Disso decorre que o Ministério Público intervirá em todos os procedimentos (judiciais ou administrativos) que disserem respeito ao nome civil (CPC, art. 82), velando pela constituição de uma justa decisão judicial.

## 5.2 Elementos componentes do nome civil

Ao reconhecer o direito ao *nome*, o art. 16 da Codificação de 2002 afirma nele estarem compreendidos o *prenome* e o *sobrenome*, vindo, em seguida, a estender a proteção jurídica dedicada ao nome para alcançar também o *pseudônimo* (CC, art. 19).

Ora, a partir da simples leitura dos referidos dispositivos legais, ressalta-se a importância capital de esclarecer os elementos constitutivos do nome civil, permitindo sua perfeita compreensão.

Destaque-se, preliminarmente, que, ao utilizar a expressão *nome*, o legislador não adotou uniformidade conceitual. Por vezes, “usa a expressão *nome*, significando o nome por inteiro, ora emprega os termos *nome* e *prenome*, ou, ainda, *nome* e *sobrenome*. O mesmo se diga da Lei de Registros Públicos, a qual ora adota o termo *nome* para se referir ao nome completo, ora especifica *prenome* e *nome*, este último com o significado de nome de família”, como acentua, com propriedade, MARIA CELINA BODIN DE MORAES.<sup>283</sup>

Pois bem, o nome civil da pessoa natural é formado pelo *nome individual*, também dito *prenome*, e pelo *sobrenome*, também chamado de *nome patronímico*, além de, eventualmente, contar com um *agnome*. Esses, portanto, são os elementos componentes do nome.

O *prenome* é o primeiro elemento componente do nome, servindo para a designação individual de cada pessoa. Pode ser *simples* (Felipe) ou *composto* (João Gabriel e Pedro Henrique), devendo ser escolhido livremente pelos pais, no momento do registro civil da pessoa natural. A liberdade de escolha, todavia, não é ilimitada e arbitrária, pois, oportunamente, o art. 55 da LRP permite ao Oficial do Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais recusar o registro de nomes que exponham ao ridículo os seus

<sup>283</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. “Sobre o nome da pessoa humana”, op. cit., p. 51.

portadores ou atentem contra a ordem pública.<sup>284</sup> Aliás, o registro civil serve como fonte aquisitiva do prenome.

Vale lembrar que será, necessariamente, composto o prenome no caso de gêmeos com idêntico nome, consoante exigência do art. 63 da Lei nº 6.015/73 – LRP. Assim, caso os pais atribuam aos gêmeos o mesmo prenome, impõe-se que seja duplo e diferenciado. Exemplificativamente, caso queiram nominar os gêmeos como *José*, deverão ser *José Carlos* e *José Luiz*.

O *sobrenome*, também chamado de *nome patronímico* ou *nome de família*, é o indicativo da origem ancestral, da procedência familiar. Igualmente, o patronímico pode ser simples (Almeida) ou composto (Vilas Boas). Serve como elemento identificador da estirpe da pessoa, sendo adquirido *ipso iure*, com o simples nascimento. Assim, até mesmo o filho adulterino ou incestuoso faz jus ao patronímico de seu genitor, sendo vedada qualquer discriminação (CF/88, art. 227, § 6º).

É possível, ainda, a existência de um terceiro elemento componente do nome. É o chamado *agnome*, que é destinado a servir de complemento ao nome, indicando o grau de parentesco ou o grau de geração, como nos conhecidos exemplos de *Filho*, *Júnior* ou *Neto*.<sup>285</sup>

Menção há de se fazer, outrossim, ao *hipocorístico*, que, por seu turno, “são aqueles (nomes) em que se retira parte do nome original, de modo a reduzi-lo, mantendo-se a sílaba mais forte ou diminutivos, utilizados para exprimir carinho (Chico, Beto, Toninho)” ou para indicação da “sílaba preponderante” (Tião, Fafá, Lu, Zé), como ensina JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM.<sup>286</sup>

Por derradeiro, é importante fazer referência ao *pseudônimo* ou *heterônimo*. Com origens etimológicas na expressão grega *pseudos*, que indica mentira, serve o pseudônimo para a ocultação da identidade civil do titular, de modo a impedir seu reconhecimento pelo público em geral, sendo utilizado, normalmente, por artistas, escritores e jornalistas. É expressão que identifica alguém em sua atividade profissional, através de nome diverso do seu. Pondera JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM que, “normalmente, os pseudônimos são adotados por pessoas ilustres e autoridades constituídas, como o então Presidente da República José Ribamar Ferreira de Araújo, que governou o País com o pseudônimo de José Sarney”.<sup>287</sup>

O pseudônimo, naturalmente, é de uso exclusivo do seu titular, em razão de seu caráter personalíssimo, e tem de ser escolhido nos limites da ordem pública e dos bons costumes, gozando de proteção jurídica, por constituir sinal de identidade pessoal, como, aliás, reconhece o art. 19 da norma substantiva.

<sup>284</sup> Curiosa hipótese é narrada por JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM relatando a história do motorista de táxi que, recentemente, em São Paulo, pretendeu registrar o seu filho como Osama Bin Laden, tendo recorrido ao Judiciário, após a negativa do Oficial do Cartório do Registro Civil, vindo igualmente a ter rechaçada a sua pretensão, com esteio no art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos. Cf. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 60.

<sup>285</sup> CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 48.

<sup>286</sup> AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 16.

<sup>287</sup> AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 17.

Registre-se, ademais, que não se admite no Direito brasileiro “o uso de títulos nobiliárquicos (ou honoríficos) que em outros países podem compor o nome”,<sup>288</sup> tais como Duque, Condessa etc., conforme a advertência de PEDRO HENRIQUE DE MIRANDA ROSA, muito embora se admita o uso dos *cognomes*, aqui entendidos como pseudônimos.

### 5.3 O princípio da inalterabilidade relativa e as hipóteses de alteração do nome civil

Considerando que o nome é direito da personalidade, o sistema jurídico brasileiro abraça a regra da sua *inalterabilidade relativa* (LRP, art. 58), com a visível intenção de proteger a pessoa humana.

Em sendo assim, em linha de princípio, o nome será alterável, tão somente, em situações excepcionais, previstas expressamente em lei, ou por força de situações outras, igualmente excepcionais, reconhecidas por decisão judicial. A situação é justificável. É que o nome implica em registro público e, via de consequência, os registros públicos devem espelhar, ao máximo, a *veracidade* dos fatos da vida. Assim, “o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade”, como já se disse em sede pretoriana.<sup>289</sup>

Desse modo, é fácil perceber a possibilidade (excepcional) de modificação do nome, nas hipóteses previstas em lei ou com base em hipóteses outras, admitidas judicialmente.

Sob o ponto de vista legal, organizando de forma sistemática a matéria, é possível indicar as hipóteses de permissão para a alteração do nome da seguinte forma:

#### 1. hipóteses de alteração do prenome

- a) quando expuser o titular ao ridículo ou a situação vexatória,<sup>290</sup> bem como se tratando de nome exótico<sup>291</sup> (LRP, art. 55, parágrafo único);
- b) havendo erro gráfico evidente, caracterizado, *e. g.*, por equívocos de grafia;<sup>292</sup>
- c) para inclusão ou modificação de apelido público notório, também chamado de *hipocorístico* (art. 58 e parágrafo único, LRP). Ou seja, para o acréscimo de alcunha designativa da pessoa, pela qual se tornou conhecida socialmente, dès que não exista proibição em lei. É o conhecido exemplo

<sup>288</sup> ROSA, Pedro Henrique de Miranda. *Direito Civil: parte Geral e Teoria Geral das Obrigações*, op. cit., p. 46.

<sup>289</sup> TJ/PR, Ap. Cív. 74.503-3, Ac. 6ª Câm. Cív., DJ/PR 14.6.99, COAD/ADV 13, mar. 2000, p. 202.

<sup>290</sup> Exemplifica MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 188, com os casos de Neide Navinda Navolta Pereira, Sum Tim Na, Céu Azul do Sol Poente, Pedrinha Bonitinha Silva e Graciosa Rodela d'Alho, dentre outros.

<sup>291</sup> Recentemente, um programa de televisão apresentou interessante rol de nomes exóticos registrados em diferentes lugares do país: Açafraão Fagundes, Brilhantino Muratori, Himalaia Virgulino, Benvindo o Dia do Meu Nascimento Cardoso, Oceano Atlântico Linhares, Safira Azul Esverdeada, Sandália de Oliveira Silva, dentre outros.

<sup>292</sup> É a hipótese de Osvaldo, que foi registrado como “Osvardo”, ou Ulisses, que teve em seu registro o nome grafado como “Ulice”, conforme anota MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 188.



do ex-Presidente da República Luiz Inácio *Lula* da Silva e do boxeador baiano Acelino *Popó* Freitas, além dos também conhecidos acréscimos nos nomes de *Xuxa* e *Pelé*. No ponto, convém registrar que o titular pode optar por acrescentar ou modificar o seu prenome;<sup>293</sup>

- d) pela adoção (ECA, art. 47, § 5º, e CC, art. 1.627);
- e) pelo uso prolongado e constante de nome diverso (é o caso de alguém que ficou conhecido por *Márcia*, em vez de *Mércia*,<sup>294</sup> seu nome registral);<sup>295</sup>
- f) quando ocorrer homonímia depreciativa, gerando embaraços profissionais ou sociais;
- g) pela tradução, nos casos em que o nome foi grafado em língua estrangeira (é o exemplo do estrangeiro que se naturaliza brasileiro, podendo pleitear a retificação do seu nome, através da adaptação ou tradução).

## 2. hipóteses de alteração do sobrenome

- a) pela adoção (ECA, art. 47, § 5º), valendo a lembrança que a legislação permite a alteração, além do sobrenome, também do prenome do adotado. Em relação à mudança de prenome, se o adotado tiver mais de 12 anos de idade, exige-se o seu consentimento. Contando com menos de 12 anos de idade, deve ser ouvido, sempre que possível, mas a sua manifestação não vincula o magistrado;
- b) pelo casamento, quando é facultado a qualquer dos nubentes acrescentar o nome do outro (CC, art. 1.565, § 1º),<sup>296</sup> inclusive podendo ambos modificar o nome, acrescentando o sobrenome de seu consorte;
- c) pela separação judicial ou pelo divórcio, uma vez que o(s) cônjuge(s) que alterou(alteraram) o seu nome patronímico pelo casamento poderá voltar a utilizar o nome que possuía antes de casar (CC, arts. 1.571, § 2º, e 1.578);

<sup>293</sup> MARCOS EHRHARDT JÚNIOR, analisando a possibilidade de mudança do nome nesse caso, lembra que o “jogador de futebol Marcos Evangelista de Moraes, o Cafu, se quisesse, poderia optar por se chamar Marcos Cafu Evangelista de Moraes, ou, simplesmente, Cafu Evangelista de Moraes” (*Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 224-225).

<sup>294</sup> Veja-se interessante aresto do Tribunal de Justiça bandeirante: “Prenome. Substituição por apelido, autorizada pelo art. 58 da Lei no. 6.015/73, não é privilégio de artistas e políticos e sim tutela a dignidade humana de todos que, famosos ou não, ricos ou pobres, passam a ser vistos, chamados e respeitados por nome diverso daquele que consta do registro civil. Hipótese de mulher que não aceita o prenome, muito difundido, e que provocou, pela associação dos apelidos de família, uma homonímia gigantesca. Provimento para que prevaleça o apelido notório que lhe molda a personalidade” (TJ/SP, Ac. 3ª Câmara. Direito Privado, Ap. Cív. 150.963-4/Taubaté, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, v. u., j. 6.6.2000).

<sup>295</sup> MARIA HELENA DINIZ noticia que já se teve oportunidade de autorizar a modificação do nome de Maria Aparecida que era conhecida no meio social como Maria Luciana (RT 532: 86). Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 191.

<sup>296</sup> Art. 1.565, § 1º, Código Civil: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”. Já se entendia, no entanto, desde o advento da *Lex Fundamentallis* que “A Carta Magna de 1988 equiparou direitos e deveres dos homens e mulheres. É juridicamente possível o pedido do marido de adotar o patronímico de família de sua futura esposa” (TJ/SP, Ac. 1ª Câmara. Cív., Ap. Cív. 198.349-1/7, Rel. Des. Guimarães e Souza, j. 3.8.1993, *BolAASP* 1839/90).



- d) para a inclusão de sobrenome de ascendente (inclusive abarcando a chamada inclusão de sobrenome avoengo na hipótese de acréscimo do patronímico dos avós), desde que não prejudique o patronímico dos demais ascendentes;<sup>297</sup>
- e) pela união estável ou pela união homoafetiva;
- f) pela anulação ou declaração de nulidade do casamento (quando os ex-cônjuges voltam a ter o nome que dispunham antes de casar, exceto se se tratar de casamento putativo e optar o cônjuge de boa-fé por permanecer com o nome de casado).

Também vale lembrar que o estrangeiro domiciliado no país poderá alterar o seu nome nas mesmas hipóteses dos nacionais, de acordo com os arts. 30 e 43 da Lei nº 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro (lembrando que se aplicam as regras do seu estatuto pessoal, isto é, da lei de seu domicílio, consoante a previsão do art. 7º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Outra situação ensejadora da mudança de nome está contemplada na Lei nº 11.924/09 – apelidada de Lei Clodovil Hernández, em homenagem ao Deputado que apresentou o projeto do qual resultou a citada norma legal – autorizando o acréscimo de sobrenome do padrasto ou madrasta pelo enteado ou enteada. Acolhendo a orientação de nossa jurisprudência,<sup>298</sup> a citada lei acrescentou o § 8º ao art. 57 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, esclarecendo, expressamente, que “o enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”. Por evidente, exige-se autorização judicial, através de procedimento de jurisdição voluntária, na vara de registros públicos, com a intervenção do Promotor de Justiça, para o acréscimo do sobrenome do padrasto ou da madrasta. Isso sem esquecer a necessidade de prévio e expresso consentimento deles. É claro que o acréscimo de sobrenome não implica em efeitos jurídicos, sequer decorrendo direito sucessório ou alimentar. A pessoa que modificou o seu nome, para acrescer o do padrasto ou madrasta, continua a ser filho de seus pais, de quem irá

<sup>297</sup> Colhe-se na jurisprudência interessante exemplo de acréscimo de sobrenome de ascendente: “Pela leitura de todo o processado, nota-se que a apelante pretende acrescentar nome, de origem japonesa, tendo em vista sua filiação. A pretensão exposta pelo recorrente, preservado o entendimento do ilustre prolator da sentença hostilizada, merece acolhida. Isto porque o nome da pessoa, composto pelo sobrenome e pelo prenome, é um sinal de que a identifica perante a sociedade em que vive e como tal transforma-se num modo de ser do indivíduo [...] A retificação neste momento da vida da menor lhe é vantajosa, na medida em que ainda não pratica atos identificadores da vida civil, passível de alterações no futuro” (TJ/SP, Ap. Cív. 88.603-4/0, Ac. 7ª Câmara de Direito Privado, j. 28.7.1999, COAD/ADV 52, dez. 1999, p. 826).

<sup>298</sup> Já reconheciam os Tribunais: “O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padrasto, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela” (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp. 220.059/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 22.11.2000, DJU 12.2.2001, p. 92, RSTJ 145: 255).

sucedendo e reclamar alimentos e demais efeitos jurídicos, apenas passando a ter, em seu nome (que é direito da personalidade), a referência ao parente por afinidade. Dúvida não há de que o fundamento dessa possibilidade é o *afeto existente entre as partes*. E, por óbvio, poderá, no futuro, voltar a ter o nome originário, retirando o acréscimo, justificadamente, por nova decisão judicial. Questão de relevo diz respeito à necessidade, ou não, de anuência do pai ou mãe para o acréscimo de sobrenome do padrasto ou madrasta. Verificando se tratar de questão personalíssima, entendemos desnecessária a anuência dos pais, como bem pontuou o próprio texto legal. Todavia, em se tratando de filho menor de idade e, via de consequência, sujeito ao poder familiar, sustentamos a necessidade de citação dos pais, dando-lhes conhecimento do pedido, em respeito, inclusive, ao que dispõe o art. 1.105 do Código de Processo Civil e oportunizando prazo para a impugnação do pedido de acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta. É certo que a eventual impugnação do pai ou mãe biológico não impede uma decisão judicial deferindo o acréscimo quando restarem insubsistentes os motivos impugnatórios. Observe-se: os pais devem ser citados, para ter conhecimento do pedido, mas não será preciso que venham a anuir a ele, podendo o juiz determinar o acréscimo de nome patronímico, ouvido o Ministério Público, mesmo com a eventual objeção dos pais.

Além das referidas hipóteses de modificação de nome mencionadas, convém registrar uma outra possibilidade modificativa do nome, com previsão legal específica. É a permissão de alteração do nome na fluência do primeiro ano após a maioridade civil (ou seja, dos 18 aos dezenove anos de idade), dès que não prejudique apelidos de família (LRP, art. 56). Trata-se de um caso modificativo especial e que merece atenção, eis que é a única hipótese de alteração do nome *imotivada*,<sup>299</sup> bastando a vontade do titular, desde que, por evidente, não prejudique o sobrenome e não cause prejuízo a terceiros ou à coletividade (como no caso de estar o titular respondendo a ações civis ou penais ou encontrar-se com o nome incluído em serviço de proteção ao crédito). A mudança imotivada do nome durante o primeiro ano após a aquisição da plena capacidade é completamente justificável. Em se tratando de direito da personalidade, é natural que o nome civil da pessoa humana seja escolhido livremente por ela, garantindo-lhe o exercício pleno de sua personalidade. Em nome da segurança social, porém, o pedido imotivado deve ser formulado no prazo decadencial de um ano, antes aludido. Ultrapassado esse prazo e adquirida a plena capacidade, somente será tolerada a mudança de nome nas hipóteses elencadas em lei.<sup>300</sup>

Demais de tudo isso, relembrando a compreensão do nome civil como um aspecto integrante da personalidade humana, projetando sua dignidade no seio social e familiar, é preciso repisar a admissibilidade de modificação do nome em situações não previstas expressamente, em lei.

<sup>299</sup> Com esse pensar, RODOLFO PAMPLONA FILHO e PABLO STOLZE GAGLIANO afirmam que “para o exercício desse direito potestativo (alteração do nome no primeiro ano após a maioridade civil), não exige realmente a lei uma motivação peculiar para a pretensão” (*Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 123).

<sup>300</sup> “Após o decurso do primeiro ano da maioridade, só se admitem modificações do nome em caráter excepcional e mediante comprovação do justo motivo” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 52.106, Rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 17.8.1999, DOU 29.11.1999, p. 164).

Assim, *reclama-se uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome*, permitindo a sua alteração justificadamente para salvaguardar a dignidade da pessoa humana, de acordo com o caso concreto, por deliberação do juiz – através de procedimento de jurisdição voluntária, na vara de registros públicos, com intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei.

Frise-se, nessa linha de ideias, que razões de ordem psicológica (íntima) e de ordem social devem confluir para averiguar, na situação concreta, se a alteração é necessária para assegurar a dignidade humana. É postura que “abre perspectivas para uma corrente liberal”<sup>301</sup> na alteração do nome, apesar da regra geral da inalterabilidade.

Não foi por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça, patrocinando esse entendimento, permitiu que um filho, abandonado pelo seu genitor, apesar de reconhecida a paternidade, alterasse seu nome patronímico, excluindo o sobrenome paterno – mesmo não havendo expressa autorização de lei. Veja-se:

“O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘lógica do razoável’, tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 66.643/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.10.1997, DJU 9.12.1997, p. 64707).

Também a Corte paulista já afirmou a possibilidade de alterar o sobrenome da viúva quando ela contrair um novo casamento, apesar da falta de previsão legal expressa:

“Registro civil. Assento de casamento. Alteração de nome. Pretensão de viúva nubente de acrescentar o apelido de família do segundo marido ao nome de solteira, suprimindo o do primeiro cônjuge. Admissibilidade. Ação julgada procedente. Sentença confirmada” (TJ/SP, Ap. Cív. 21.360-1, Rel. Des. Alves Barbosa, RJTJSP 81: 211).

Realmente, um entendimento mais moderno e sintonizado com o princípio da dignidade da pessoa humana vem soprando no sentido de admitir que o cônjuge ou companheiro viúvo possa retirar o nome patronímico do falecido consorte ou companheiro, independentemente de convolar novas núpcias. Assim, com o fim do casamento ou da união estável, por conta do óbito, nada impede que o viúvo exclua o sobrenome do *de cujus*, refletindo um novo tempo nas decisões de família, mais flexíveis e humanas. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (na Ap. Cív. 70003313384) teve oportunidade de confirmar a possibilidade de “alteração do nome, como decorrência do fim do casamento”.

Pelo fio do exposto, é possível, então, asseverar que o princípio da *inalterabilidade relativa do nome* implica na possibilidade de o juiz modificar, a requerimento do interessado,

<sup>301</sup> Com esse espírito e referência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já assentou entendimento no julgamento da Ap. Cív. 7000.6600092 – Comarca de Planalto, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 3.9.2003.

o nome civil (seja o prenome, seja o sobrenome) em casos justificáveis, na defesa da proteção integral da personalidade humana, independentemente de expressa previsão legal.

#### 5.4 Hipóteses controvertidas de mudança do nome civil

Importante, ainda, trazer a lume alguns pontos controversos relevantes quanto à questão do nome, dizendo respeito à manutenção do nome após a ruptura do casamento ou da união estável, à alteração do nome dos filhos após a mudança de nome dos pais, em face do divórcio ou da dissolução de união estável, à mudança do nome por conta da cirurgia de mudança de sexo (transgenitalização) e ao nome da pessoa inserida em programa de proteção à testemunha.

Com relação à dissolução da relação matrimonial, afirma-se, por oportuno, que a regra é a *deliberação do titular*, aquele que modificou o nome quando do casamento ou da união estável, podendo mantê-lo ou excluí-lo, de acordo com o seu interesse. Ou seja, adquirido o sobrenome pelo casamento ou união estável, ele estará incorporado, inextricavelmente, à personalidade do titular, somente podendo lhe ser retirado com a sua anuência. Assim, não é despidendo registrar a necessária desvinculação da culpa pela dissolução do matrimônio com a manutenção do nome de casado.

Com efeito, conforme vem preconizando SILMARA JUNY DE A. CHINELATO E ALMEIDA, em obra sensível e bem fundamentada, “o ponto fundamental a ser discutido na questão do nome da mulher casada é reconhecer-lhe a natureza jurídica inequívoca de direito da personalidade”.<sup>302</sup>

A orientação do Superior Tribunal de Justiça já estava assentada nessa direção, compreendendo que o nome de casado incorpora-se à personalidade, não podendo ser retirado sem anuência do interessado. Há interessante precedente que vale ser lembrado:

“Acórdão recorrido que conclui acarretar a supressão do nome da ex-mulher prejuízo à sua identificação. Matéria de fato. Incidência da Súmula 7 do STJ. Preservação, ademais, do direito à identidade do ex-cônjuge. Distinção manifesta entre o sobrenome da mãe e o dos filhos havidos da união dissolvida, não importando que hoje já tenham estes atingido a maioridade” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 358.598/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 17.9.2002, *Revista de Direito Privado* 15: 324).

Do voto condutor proferido no julgamento acima indicado, colhe-se importante fundamento, a evidenciar a necessidade de analisar o caso sob a ótica do direito da personalidade à identidade: “Ainda que a manutenção pela ex-mulher do nome de casada possa criar uma situação de desconforto e de constrangimento ao varão, há de prevalecer a disposição legal que preserva o direito à identidade da mulher”.

Nessa linha de intelecção, a Emenda Constitucional nº 66/10, que facilitou a dissolução do casamento, eliminou a possibilidade de discussão de culpa pela ruptura do casamento, deixando claro que somente o titular delibera sobre a manutenção, ou não, do nome patronímico adquirido pelo casamento.

<sup>302</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada*, op. cit., p. 130.

Ainda no âmbito das relações familiares, convém evidenciar outro ponto controvertido: a possibilidade de mudança do nome da genitora (ou do genitor, embora menos comum na prática) que voltou a ter o nome de solteira, no registro civil de nascimento do filho, após a eventual dissolução do casamento. Cuida-se de hipótese de grande ocorrência cotidiana. A pessoa muda o nome por ocasião do casamento, acrescentando o sobrenome do cônjuge, tem filhos durante a convivência afetiva, mas o casamento se dissolve, voltando, então, a ter o nome civil anterior às núpcias. Nesse caso, porém, o filho tem em seu registro o nome que a mãe teve durante o casamento. Seria um caso de retificação do registro civil do nascimento do filho, para fazer constar o sobrenome que a genitora voltou a ter após a dissolução nupcial? Pois bem, a resposta somente pode ser afirmativa. É que o direito à individualidade e à identificação integra a personalidade humana, plasmando a sua dignidade. Assim, a documentação pessoal deve refletir a identidade do seu titular, contendo as informações precisas e atuais de seus genitores. Por isso, é direito do filho ter, em seu registro de nascimento, o correto nome civil de seus pais. É possível imaginar o volume de contratempos que são impostos a alguém por conta dessa situação. Por isso, mostra-se justo e razoável retificar o registro civil de nascimento de uma pessoa para fazer constar o novo nome do genitor, decorrente de dissolução conjugal.

A orientação da jurisprudência superior, inclusive, se firmou nesse diapasão:

“Civil. Alteração do registro de nascimento para nele fazer constar o nome de solteira da genitora, adotado após o divórcio. Possibilidade.

I – A dificuldade de identificação em virtude de a genitora haver optado pelo nome de solteira após a separação judicial enseja a concessão de tutela judicial a fim de que o novo patronímico materno seja averbado no assento de nascimento, quando existente justo motivo e ausentes prejuízos a terceiros, ofensa à ordem pública e aos bons costumes. II – É inerente à dignidade da pessoa humana a necessidade de que os documentos oficiais de identificação reflitam a veracidade dos fatos da vida” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.041.751/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 20.8.2009).

Outro problema da mais alta relevância, que também deita consequências sobre a alteração do nome, diz respeito à cirurgia de mudança de sexo do transexual, também chamada cirurgia emasculatória, de redesignação do estado sexual ou de transgenitalização. Com efeito, a Resolução nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina – CFM, dispensando autorização judicial para a referida intervenção cirúrgica, estabelece condições e requisitos para que o profissional médico realize a cirurgia de alteração do estado sexual. Ora, levada a efeito a cirurgia médica, com a aparência física e psíquica adequadas e conformadas, o (ex) transexual, seguramente, formulará junto ao Judiciário a alteração do estado sexual e do seu nome. Surge, então, o questionamento: é possível mudar o nome? MARIA BERENICE DIAS, profunda estudiosa da matéria, esclarece, com rara proficiência e precisão, que “o direito à identidade tem assento constitucional, pois está inserido na sua norma de maior relevância, que proclama o princípio do respeito à dignidade humana”, motivo pelo qual “nenhuma justificativa é cabível para

negar a mudança, não se fazendo necessária sequer a alteração de dispositivos legais para cancelar a pretensão”.<sup>303</sup>

Pacificando históricas controvérsias, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido da viabilidade de mudança do nome e do estado sexual do transexual submetido a procedimento cirúrgico de transgenitalização, como se percebe:

“Direito Civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade...

Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei nº 6.015/73.

Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância.

<sup>303</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, op. cit., p. 127-128. Também anuindo a esse entendimento, JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 67.



O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.008.398/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.10.2009, DJU 18.11.2009).

É possível, pois, a modificação do nome da pessoa que se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, como, aliás, aludido alhures, ao tratar do direito à integridade física como expressão dos direitos da personalidade.

Reitere-se que a via processual adequada para a obtenção da redesignação de estado sexual não é a ação de retificação de registro civil, contemplada no art. 109 da Lei de Registros Públicos, mas sim um procedimento especial de jurisdição voluntária, com pedido de mudança de estado civil da pessoa. É a chamada *ação de redesignação do estado sexual*, na qual intervirá, obrigatoriamente, o Ministério Público, como fiscal da lei (CPC, art. 82, II), e que será processada no juízo da vara de família, por se tratar de ação de estado,<sup>304</sup> e não na vara de registros públicos.

É mister fazer referência, outrossim, à possibilidade de modificação do nome completo (prenome e sobrenome) instituída pela Lei nº 9.807/99, que regulamenta a proteção à testemunha que houver colaborado em processo penal ou inquérito policial, permitindo, em seu art. 9º, a alteração judicial do nome *lato sensu* da própria testemunha, além de seu cônjuge ou companheiro, ascendentes e descendentes, com o intuito de resguardar a sua própria integridade. Saliente-se que a referida mudança de nome pode ser temporária, sendo permitido ao titular retomar, posteriormente, o seu nome originário. A modificação do nome (bem como sua retomada) será requerida ao juízo da vara de registros públicos.

## 5.5 O nome comercial

*Nome comercial* é o critério de identificação da pessoa jurídica ou do comerciante individual, podendo se consubstanciar através de *firma comercial* ou *denominação social*.

<sup>304</sup> Com esse pensar, MARIA BERENICE DIAS. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, op. cit., p. 128.



Como ensina FRANCISCO AMARAL, “*firma ou razão comercial é o nome sob o qual o comerciante ou a sociedade exerce o comércio e assina-se nos atos a ele referentes*”, enquanto “*denominação é apenas o nome da sociedade*”. E, então, conclui: “exemplo de firma – M. Santos & Cia. Ltda.; exemplo de denominação – Petrobras”.<sup>305</sup>

Além disso, a pessoa jurídica pode assumir uma marca de fantasia (ou nome de fantasia), dizendo respeito à expressão pela qual é conhecida. É o exemplo da “Coca-Cola”.

A proteção do nome comercial e da marca (assim como a tutela do nome de domínio na Internet, que também conta com a tutela legal) é relativa, abrangendo a área empresarial em que atua o titular, não se podendo impedir que empresas que atuam em outros ramos do mercado se valham do mesmo nome. Imagine-se que a tutela dispensada ao *Sistema Globo de Comunicações* não pode impedir a utilização da marca “Globo” por uma farmácia ou por uma transportadora.<sup>306</sup> É conveniente ressaltar, porém, que o art. 126 da Lei nº 9.279/96 reconhece, expressamente, que *a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade “goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil”*, consolidando hipótese típica de concretização do princípio da confiança. Dessa maneira, se um nome comercial vem sendo utilizado notoriamente, inclusive com a sua respectiva marca, outro não poderá registrá-lo, em razão da consolidação ocorrida no seio social.

Ressalte-se que todas as formas de identificação da pessoa jurídica encontram-se protegidas por lei, gozando de tutela preventiva e repressiva, inclusive com esteio na Lei nº 9.279/96 – que regulamenta a proteção à propriedade industrial (marcas industriais).

## 5.6 A tutela jurídica do nome civil

Optou o legislador de 2002 por estampar, expressamente, a proteção jurídica do nome civil, estabelecendo, nos arts. 17 e 18:

Art. 17, Código Civil:

“O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”

Art. 18, Código Civil:

“Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial”.

<sup>305</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 273.

<sup>306</sup> Nesse sentido, há interessante precedente: “Medida cautelar visando à proteção de nome comercial (Curitiba On Line Ltda.), marca (Curitiba On Line) e nome de domínio (“curitibaonline.com.br”). Presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora. [...] Acrescente-se que esta Câmara tem assentado o entendimento de que é relativa a proteção conferida ao nome comercial e à marca, não incidindo quando as empresas atuam em ramos do mercado diferentes e visando consumidores distintos. A possibilidade de confusão ou associação das marcas pelo consumidor importa a vedação do registro da marca, consoante prescrito no art. 124, XIX, da Lei 9.279/96” (TJ/PR, Ac. 1ª Câmara, Agr. Instr. 96.683-0 e 98.295-8 – Comarca de Curitiba, Rel. Des. Ulysses Lopes, j. 28.11.2000, DJ 12.2.2001).

Na verdade, trata-se da própria tutela jurídica dos direitos da personalidade, garantida a proteção preventiva e repressiva ao uso indevido do nome por outrem (seja nome de pessoa natural ou de pessoa jurídica). Nessa linha de intelecção, é de se concluir que é possível a utilização de ações de proibição de uso de nome e de reclamação pelo indevido uso do nome (como formas de prevenir o dano ou a sua propagação), além da ação reparatória de danos. Tudo isso sem prejuízo da adoção das providências contempladas no art. 461 do Código de Processo Civil, através de tutela específica.

Aliás, do uso indevido do nome (da pessoa natural ou jurídica) é possível que decorram prejuízos de ordem patrimonial ou extrapatrimonial,<sup>307</sup> reparáveis através de ação indenizatória.

Ademais, ampliou o Texto Codificado a proteção jurídica do nome para alcançar, também, o *pseudônimo* (utilizado para atividades lícitas), como reza o art. 19 do Estatuto Substantivo.<sup>308</sup>

*In fine*, cumpre destacar que a Lei nº 10.695/03, abraçando ideais garantistas e de intervenção mínima do Estado, revogou o tipo penal do art. 185 do Código Repressivo, deixando de caracterizar delito a usurpação de nome ou pseudônimo alheio.

<sup>307</sup> Nesse sentido, JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM. *Direito ao nome da pessoa física*, op. cit., p. 94 ss.

<sup>308</sup> A jurisprudência já tinha firmado posição nesse sentido: “A utilização de pseudônimo notório sem autorização do legítimo titular implica perdas e danos” (TJ/SP, *RJTJSP-Lex* 98: 232-4).



# IV

## A PESSOA NATURAL

### SUMÁRIO

1 Noções conceituais sobre a pessoa natural. 2 O início da pessoa natural. 3 O tratamento jurídico do nascituro. 4 Possibilidade de responsabilidade civil da gestante por condutas prejudiciais ao nascituro durante a gravidez? 5 O tratamento jurídico do embrião laboratorial (*in vitro*). 6 A capacidade civil: a capacidade de fato (ou de exercício), a capacidade de direito (ou de gozo) e a teoria das incapacidades. 6.1 Noções gerais sobre a capacidade jurídica. 6.2 A distinção entre a capacidade jurídica e a legitimação. 6.3 A capacidade de direito e a capacidade de fato. 6.4 A teoria das incapacidades. 6.5 O reconhecimento das incapacidades e a ação de interdição (curatela dos interditos). 6.5.1 As incapacidades e a proteção da dignidade humana do interditando (a interdição em visão civil-constitucional). 6.5.2 A ação de interdição (curatela dos interditos). 6.5.3 A validade dos atos praticados pelo incapaz antes da decisão de interdição. 6.6 Crítica ao sistema de incapacidades do Código Civil. 7 A cessação da incapacidade e a emancipação. 8 O estado civil da pessoa natural. 9 A extinção da pessoa natural: a morte. 9.1 Noções gerais. 9.2 A morte real como regra geral do sistema jurídico brasileiro. 9.3 A morte real sem cadáver (a morte presumida sem a declaração de ausência). 9.4 O direito à morte digna e o testamento vital (diretivas antecipadas ou *living will*). 9.5 A comoriência. 9.6 A ausência como presunção de morte e a sua declaração judicial. 10 Domicílio da pessoa natural (foro).

*“Ninguém merece ser só mais um bonitinho, nem transparecer consciente ou inconsequente, sem se preocupar em ser adulto ou criança, o importante é ser você, mesmo que seja estranho, seja você, mesmo que seja bizarro.”*

*(Máscara, de PITY)*

*“Eu vi a mulher preparando outra pessoa  
O tempo parou pra eu olhar para aquela barriga  
A vida é amiga da arte, é a parte que o sol me ensinou  
O sol que atravessa essa estrada que nunca passou...”*

*(GAL COSTA / ROBERTO CARLOS / ANA CAROLINA, Força estranha, de CAETANO VELOSO)*

# 1

## NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE A PESSOA NATURAL

A importância do estudo da pessoa natural é evidente, afinal, trata-se de um dos possíveis sujeitos das relações jurídicas, ocupando qualquer de seus polos.

A pessoa natural é gente, é o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana. Daí a denominação abraçada pelo Texto positivado: *pessoa natural*, isto é, aquele que pode assumir obrigações e titularizar direitos.

Em resumo: pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo a base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem.<sup>1</sup> E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, *todo ser humano* (isto é, *toda pessoa natural*) *é dotado de personalidade jurídica*, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica.

Aliás, convém lembrar que a pessoa humana é valor fundamental em si mesma, sendo o único ser capaz de valores, inovando, realizando e construindo o mundo.

Segundo MIGUEL REALE, o ser humano é algo que vale por si mesmo, decorrendo de sua autoconsciência do que é e deve ser, de sua dignidade, de suas possibilidades de alterar a realidade fática em que vive, transformando o mundo cultural. Por isso, “não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência”.<sup>2</sup>

Não é demais advertir para a impropriedade de definir a pessoa natural como o ser humano *biologicamente concebido*. É que, na contemporaneidade, em razão das possibilidades descortinadas pela biotecnologia, a concepção também pode ser artificial, através das técnicas de fertilização medicamente assistida (fertilização *in vitro* e inseminação artificial). E, nesse caso, a pessoa natural não seria *biologicamente concebida*.

Assim sendo, pouco interessa se a pessoa é oriunda de concepção natural (relações sexuais) ou artificial (fertilização medicamente assistida). Mesmo que se trate de embrião fertilizado em laboratório, permanecendo congelado por determinado prazo, uma vez implantado no útero, passa à condição de nascituro, dispondo de proteção jurídica.

A melhor opção, então, é vislumbrar a pessoa natural como o *ente dotado de estrutura biopsicológica*. Enfim, a *pessoa humana*.<sup>3</sup>

A denominação pela qual é designado o ser humano como sujeito de direito, todavia, não é pacífica, pertencendo à área cinzenta do direito (*auctores ultraque trahunt*). O nosso Código Civil adotou a expressão *pessoa natural*, considerando que decorre da própria

<sup>1</sup> Com o mesmo pensar, PAULO NADER evidencia ser a pessoa humana “o ponto de partida e o alvo, direto ou indireto, de todas as construções jurídicas”. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 181.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 190.

<sup>3</sup> No direito romano, o vocábulo *pessoa* (*persona*) designava a máscara usada pelos atores teatrais e que proporcionava um aumento do som para atingir os lugares mais distantes da plateia, ampliando o seu *status*. Juridicamente, então, a utilização daquela expressão significava que pessoa era uma qualidade atribuída ao ser humano para o exercício de seu *status* de titular de direitos e deveres.

natureza humana: ser humano nascido com vida. Já o Código Civil argentino, sob a influência de TEIXEIRA DE FREITAS, optou pela terminologia *ente de existência visível*, a quem se contrapõe o *ser de existência ideal*, que seria a pessoa jurídica. No Direito francês e no italiano adotou-se a nomenclatura *pessoa física*, expressão também acolhida pela nossa legislação tributária do Imposto de Renda, embora seja imprecisa, por desnaturar o homem, realçando aspectos materiais, desconsiderando o espírito e moral – elementos que também integram a personalidade. Criticável, ou não, a opção do legislador brasileiro, o certo é que seria possível apresentar censura a todas as denominações cabíveis.

Toda e qualquer pessoa natural dispõe, inexoravelmente, de personalidade jurídica, podendo titularizar relações jurídicas. É, pois, sujeito de direito. Contudo, a personalidade tem uma medida para a prática de atos determinados, que é a capacidade. Assim, qualquer pessoa humana pode ser titular de direitos e obrigações, porém nem toda pessoa praticará os atos da vida civil pessoalmente (somente aqueles que dispõem de plena capacidade).

Explicita o Código Civil, logo em seu art. 1º:

Art. 1º, Código Civil:

“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Apreciando o conteúdo do citado dispositivo legal, FLÁVIO TARTUCE elogia a utilização da expressão *deveres* em lugar de *obrigações*. A justificativa é que a expressão *deveres* “é melhor tecnicamente, pois existem deveres que não obrigacionais, no sentido patrimonial, caso dos deveres do casamento”.<sup>4</sup> Procede o argumento. De fato, a pessoa natural pode titularizar direitos e deveres, de natureza obrigacional, ou não.

A pessoa natural é, destarte, o ser humano considerado como sujeito de direitos e deveres,<sup>5</sup> independentemente de sua origem.

Vale observar que os animais e os seres inanimados estão, naturalmente, afastados do conceito de pessoa natural e, por conseguinte, não são sujeitos de direito, mas objeto das relações jurídicas. De qualquer sorte, não se ignore a proteção especial, dedicada por legislação específica,<sup>6</sup> à tutela jurídica dos animais, decorrente da própria tutela jurídica do meio ambiente.

Do mesmo modo, ARNALDO RIZZARDO adverte para a impossibilidade de se reconhecer como sujeitos de direitos os “entes inanimados, metafísicos, celestiais, místicos ou presumidamente sítos em outras esferas, em outros mundos. Não se enquadra no campo do direito inserir uma relação com uma alma, um santo, uma divindade”.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 130.

<sup>5</sup> É o que sustenta CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 76.

<sup>6</sup> A respeito da proteção jurídica da fauna, vale fazer menção ao art. 225, § 1º, VII, da Carta Magna e ao Decreto-lei nº 221/67 – Código de Pesca, além da Lei nº 5.197/67 – Código de Caça, que disciplinam a matéria, regulamentando a proteção dos animais. Aliás, segundo o art. 1º do Código de Caça, são proibidas a utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha de animais que constituem a fauna silvestre, ou seja, daqueles de quaisquer espécies, em qualquer fase de desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, estendida a proteção aos ninhos, abrigos e criadouros naturais de tais animais.

<sup>7</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 133.



## 2 O INÍCIO DA PESSOA NATURAL

Pela própria complexidade da natureza humana, afigura-se importante indicar o início da qualidade de pessoa – e, via de consequência, da personalidade jurídica.

O Código Civil, logo em seu art. 2º, dispõe que se inicia a personalidade da pessoa natural com o *nascimento com vida*, embora estejam resguardados, segundo o texto legal, desde a concepção, os direitos do nascituro. No mesmo sentido, as legislações da Itália, de Portugal, da Suíça e da Alemanha. Viável ou não, reveste-se o nascido com vida de personalidade, adquirindo e transmitindo direitos, o que se apresenta com extrema importância para efeitos sucessórios.

A partir disso e com esteio no dispositivo legal mencionado, conclui-se, facilmente, que os requisitos para o reconhecimento da personalidade jurídica da pessoa humana são *nascimento e vida*.

Nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado *docimasia hidrostática de Galeno* ou *docimasia pulmonar*. Ou seja, é a presença do ar atmosférico nos pulmões que determina o início da personalidade. Assim, respirou, nasceu com vida.

Obtempera, entretanto, ARNOLDO WALD no sentido de que é possível provar o nascimento com vida por outros meios, como através do “choro da criança ou por certos movimentos que ela tenha feito”.<sup>8,9</sup>

Adverte, de qualquer modo, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que “ainda não terá nascido enquanto permanecer ligado ao cordão umbilical”,<sup>10</sup> pregando, em visão particular, que o critério fundamental para determinar o nascimento com vida é o corte do cordão umbilical.

Em síntese conclusiva, é possível arrematar que o início da personalidade da pessoa natural decorre do seu nascimento (com vida), independentemente do atendimento de providências burocráticas, como o de registro do nascimento em cartório. Bem por isso, o registro de nascimento tem, portanto, cunho meramente administrativo, tão somente declarando o nascimento, que, já ensejou a aquisição da personalidade.<sup>11</sup> Equivale a dizer: a personalidade jurídica é adquirida através do nascimento com vida, conferindo-se ao regular registro civil de nascimento, no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, caráter meramente administrativo, de natureza declarativa e não constitutiva.

Vale registrar que algumas legislações adotam regras diferenciadas, exigindo requisitos outros para a aquisição da personalidade. Na França e na Holanda exige-se que o

<sup>8</sup> WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Introdução e Parte Geral*, op. cit., p. 118.

<sup>9</sup> Anuindo a essa ideia, CARLOS ROBERTO GONÇALVES explica que a “Medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro”. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 78.

<sup>10</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 59.

<sup>11</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Melo e. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 34.

nascido seja viável. Isto é, que tenha vitalidade, sendo apto para a vida. Já na Espanha, além de ser necessária a forma humana, estabelece o art. 30 do Código Civil espanhol que deve permanecer vivo por, pelo menos, 24 horas. Como se pode notar, a legislação brasileira, ao conferir a qualidade de pessoa ao ser humano nascido com vida, independentemente de outras exigências, respeita, com mais amplitude, a sua essencial dignidade.

### 3 O TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO

Etimologicamente, nascituro é palavra derivada do latim *nasciturus*, significando aquele que deverá nascer, que está por nascer. Daí a definição lapidar de RUBENS LIMONGI FRANÇA, no sentido de que se trata “da pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”.<sup>12</sup>

Nesse passo, o nascituro é aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que ainda está no corpo da genitora.<sup>13</sup>

A toda evidência, o nascituro não se confunde com o concepturo, que não foi concebido ainda. É o caso da chamada prole eventual, isto é, aquele que será gerado, concebido, a quem se permite deixar benefício em testamento, dêe que venha a ser concebido nos dois anos subsequentes à morte do testador (CC, art. 1.800, § 4º). Ou seja, enquanto o nascituro é o filho que alguém já concebeu, mas ainda não nasceu, o concepturo é o filho que alguém ainda vai conceber.

Acirrados debates doutrinários são travados no que tange à *natureza jurídica* do nascituro, ou seja, quanto à sua posição topológica no quadro do Direito Civil. Reina a controvérsia no seio doutrinário, não havendo harmonia.

A discussão ganha fôlego por conta da imprecisão conceitual do art. 2º do Código Civil:

Art. 2º, Código Civil:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Considerando que a redação do citado dispositivo legal é de pouca clareza (e, de certo modo, pleonástica), sendo praticamente idêntica à do Código revogado, perdeu o legislador a chance de esclarecer as dúvidas sobre a natureza jurídica do nascituro, submetendo a matéria a um tratamento mais claro. Mantendo a imprecisão conceitual, permanece a controvérsia que tem de ser dirimida doutrinariamente.

Três teorias foram arquitetadas, enxergando a questão sob diferentes prismas.<sup>14</sup> São as teorias *natalista*, *condicionalista* e *concepcionista*.

<sup>12</sup> Apud ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, op. cit., p. 7.

<sup>13</sup> Por conta dos mecanismos de fertilização assistida e da possibilidade de gestação em útero alheio (“barriga de aluguel”), é preferível utilizar a expressão *genitora*, e não *mãe*.

<sup>14</sup> Sobre as diferentes teorias a respeito da natureza jurídica do nascituro, há interessante texto do Professor baiano MÁRIO FIGUEIREDO BARBOSA, publicado no *Jornal A Tarde*, Salvador, em 22.12.2001, intitulado “Personalidade civil (e as doutrinas natalista e concepcionista)”.

Uma primeira parcela da doutrina (SÍLVIO RODRIGUES,<sup>15</sup> por exemplo), vem entendendo que o nascituro não é, e não pode ser, dotado de personalidade jurídica, abraçando, assim, a *teoria natalista*, pela qual a personalidade civil somente é adquirida pelo nascimento com vida. Para os adeptos dessa corrente, apenas se atribui personalidade ao ente nascido com vida e ao nascituro não se reconheceriam direitos.

Outra parte dos doutos sustenta que o nascituro é, na verdade, uma pessoa virtual, condicional, estando a sua personalidade submetida ao eventual nascimento com vida. Ou seja, disporia o nascituro de uma verdadeira *personalidade jurídica condicional* (*teoria condicionalista*), porque haveria uma condição pendente para a implementação de sua personalidade (o nascimento com vida), como defende WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.<sup>16</sup> Nessa linha de entendimento, FÁBIO ULHOA COELHO sustenta que “a condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha a nascer com vida”.<sup>17</sup>

E, finalmente, impõe-se registrar uma posição mais avançada da moderna doutrina civilista, esposando a tese de que o nascituro possui personalidade jurídica. É a *teoria concepcionista*. A ideia é inspirada no Direito francês e assegura que a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção. Com esse pensar, encontram-se os preclaros PONTES DE MIRANDA, RENAN LOTUFO, J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, RUBENS LIMONGI FRANÇA, FRANCISCO AMARAL, JOSÉ ASCENSÃO DE OLIVEIRA, FLÁVIO TARTUCE, SILMARA JUNY A. CHINELLATO E ALMEIDA, dentre outros, e que tem como precursor o genial TEIXEIRA DE FREITAS. Essa teoria está alicerçada, corretamente, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referências as regras contidas nos arts. 1.609, parágrafo único (que permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro). Assim, vislumbra-se que a ordem jurídica, verdadeiramente, reconhece a personalidade jurídica do nascituro, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida.<sup>18</sup>

Sem dúvida, reconhecendo o acerto da teoria concepcionista, é de se notar que a partir da concepção já há proteção à personalidade jurídica. O nascituro já é titular de *direitos da personalidade*. Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude.

Um detalhe, de qualquer sorte, parece incontroverso: a Lei Civil (CC, art. 2º) resguarda, expressamente, os direitos do nascituro, servindo para afastar, peremptoriamente,

<sup>15</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 36. Também assim, ARNOLDO WALD é enfático: “o nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 118).

<sup>16</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 66. Colhe-se da sua lição: “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.

<sup>17</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 145.

<sup>18</sup> Consulte-se, por todos, a obra de SILMARA JUNY A. CHINELLATO E ALMEIDA. *Tutela civil do nascituro*, op. cit., especialmente p. 144 ss.

a tese natalista, por pregar que somente seria possível reconhecer direitos do nascituro depois de nascer vivo.

Nessa linha de intelecção, é importante atentar para o fato de que o direito à vida digna é conferido ao nascituro pela Constituição da República (no *caput* do art. 5º) e reiterado pela Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 7º),<sup>19</sup> impondo a salvaguarda do nascimento do nascituro, através do reconhecimento do direito à assistência pré-natal, disponibilizando-se condições saudáveis para o desenvolvimento da gestação. Também o Código Penal (nos arts. 124 a 128) reconhece o direito de nascer ao criminalizar o aborto.<sup>20</sup> A toda evidência, então, a cláusula constitucional de proteção à vida humana não poderia se limitar a proteger os que já nasceram.<sup>21</sup>

No mesmo passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispara que “*ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*” (art. 4º), deixando antever um amplo sentido, tutelando, inclusive, o nascituro. Mais incisiva, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (*Pacto de San José da Costa Rica*), acolhida regularmente no plano jurídico-interno, anuncia, expressamente, proteção ao nascituro: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei, e em geral *a partir da concepção*”.

Essa proteção dedicada ao nascituro, entretanto, não obsta o reconhecimento da possibilidade de aborto do feto anencefálico, conforme o entendimento da Suprema Corte (STF, Tribunal Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio), uma vez que, além da falta de viabilidade potencial de vida humana, há de se preservar a integridade física e psíquica da gestante. Exige-se, para tanto, prova efetiva da anencefalia e,

<sup>19</sup> O aludido dispositivo legal (ECA, art. 7º) impõe ao Estado o dever de garantir “o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso” do ser humano, resguardando os interesses do nascituro.

<sup>20</sup> Não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal, na discussão a respeito da admissibilidade do aborto do feto anencefálico, adotou posicionamento no sentido de ser permitida a interrupção da gestação quando se tratar de feto anencefálico e, portanto, admitiu a licitude desse aborto, apesar de não estar contemplado nos estritos casos permitidos na legislação penal. No julgamento da ADPF 54/DF (STF, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio), a Suprema Corte *autorizou o aborto nos casos de gestação de anencefálos*, buscando preservar a dignidade da gestante. De fato, a matéria diz respeito ao reconhecimento dos direitos fundamentais da gestante, dentre eles à saúde física e psíquica (garantidas pelos arts. 196 a 200 da CF/88) e à liberdade e autonomia privada, exigindo uma visão cuidadosa e diferenciada dos demais casos de aborto. Aliás, captando essa necessidade de ampla compreensão social e humanista da matéria, com sensibilidade e aguçada visão jurídica, o Juiz de Direito RAYMUNDO CÉSAR DÓRIA COSTA, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, teve oportunidade de autorizar a interrupção da gravidez de uma gestante cujo feto, comprovadamente, era anencefálico, considerando a proteção especial dedicada pelo Texto Constitucional à dignidade humana: “No caso posto em exame, a requerente encontra-se em estágio avançado de gestação, tendo sido constatado que o feto é portador de anencefalia, quadro este incompatível com a vida, de modo que, seja pela ótica da ausência do bem jurídico tutelado, seja pelo prisma do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o pedido vertido na inicial reveste-se de amplo sustentáculo jurídico e, assim sendo, merece acolhimento. Diante do exposto, e à luz das normas e princípios que norteiam a matéria, notadamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, julgo procedente o pedido de autorização para interrupção da gestação do feto anencefálico da gestante, reconhecendo, pois, o direito constitucional de submeter-se ao procedimento cirúrgico perante o hospital” (Processo nº 68/2008 – Comarca de Ruy Barbosa, j. 10.2.2009).

<sup>21</sup> Percebe, com sensibilidade, JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES que, se assim não fosse, restaria admitido o abortamento. Cf. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 164.

consequentemente, da inviabilidade humana. Realmente, como pontua THIAGO FERREIRA CARDOSO NEVES, a concepção deflagra a aquisição da proteção jurídica da personalidade, “só sendo afastado esse amparo mediante a comprovação, por exames específicos, da inexistência ou inviabilidade de atividade cerebral naquele ser”.<sup>22</sup>

Organizando a compreensão da matéria e percebendo que a controvérsia traz como pano de fundo a discussão acerca do próprio início da personalidade jurídica, é possível observar que a doutrina se divide em três grandes teorias:

- i) *natalista*, segundo a qual a personalidade civil somente se inicia com o nascimento com vida, inexistindo direitos para o nascituro antes de seu nascimento;
- ii) *da personalidade condicional*, afirmando que desde a concepção o nascituro já possui os direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais – decorrentes de herança, legado ou doação – condicionados ao nascimento com vida. Por isso, observando que os direitos patrimoniais estão condicionados, sustenta essa teoria que a própria personalidade jurídica está condicionada, apesar de os direitos da personalidade já serem reconhecidos desde a concepção;
- iii) *concepcionista*, por meio da qual se afirma que o nascituro já titulariza, desde a concepção, os direitos da personalidade e, em razão disso, já dispõe de personalidade jurídica, apesar de seus direitos patrimoniais ficarem condicionados ao nascimento com vida. Ou seja, para os teóricos concepcionistas, se o nascituro já tem direitos da personalidade é porque já dispõe da própria personalidade jurídica, mesmo que os direitos patrimoniais estejam condicionados.

Promovendo um estudo mais acurado da matéria, chega-se à conclusão de que não há, efetivamente, distinção prática entre as posições sustentadas pela teoria concepcionista e pela teoria condicionalista. É que ambas as teses reconhecem direitos ao nascituro, apenas divergindo quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica, que para os condicionalistas estaria submetida a uma condição, enquanto os concepcionistas já a admitem desde o momento da concepção. Enfim, *a distinção entre a teoria condicionalista e a teoria concepcionista é, tão somente, relativa à qualificação jurídica: para os concepcionistas, se o nascituro dispõe de direitos da personalidade, é porque já tem a própria personalidade jurídica, apesar de os direitos patrimoniais ficarem condicionados; de outra banda, os condicionalistas afirmam que, apesar de já titularizar os direitos da personalidade, se os direitos patrimoniais estão condicionados, a personalidade jurídica, como um todo, está condicionada.*

Por isso, SILMARA JUNY A. CHINELATO E ALMEIDA, em excelente obra acerca da matéria, enfatiza que, a partir da leitura do texto legal, conferindo proteção aos direitos do nascituro, não se pode negar a personalidade jurídica do nascituro, pois “quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o *status* atributos da personalidade”.<sup>23</sup>

Infere-se, com convicção, que para o sistema jurídico brasileiro o nascituro dispõe de direitos da personalidade e, portanto, de uma proteção jurídica fundamental.

<sup>22</sup> NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*, op. cit., p. 156.

<sup>23</sup> ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, op. cit., p. 175.

De fato, é indubitoso o reconhecimento ao nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direitos da personalidade), enfim, dos direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade, tais como o direito a reclamar alimentos, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem (como no exemplo de uma clínica de assistência pré-natal que explora a imagem da ultrassonografia)<sup>24</sup> ou de sua honra.<sup>25</sup> Já há, inclusive, precedente jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade de dano moral ao nascituro, em tais hipóteses, confirmando a tese aqui defendida.<sup>26</sup>

Registre-se, ainda, que é reconhecido ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação,<sup>27</sup> garantindo-se-lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade. Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de reconhecer essa formulação no julgamento do caso *Glória Trevis*, quando, através da ponderação dos interesses (garantias constitucionais) presentes, reconheceu o direito do nascituro de ver realizado o exame DNA, apesar da oposição da genitora. Veja-se: “Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF[...] Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda” (STF, Ac. Tribunal Pleno, Rcl. 2040/DE, Rel. Min. Néri da Silveira, j.21.2.2002, DJU 27.6.2003, p. 31).

Também é reconhecida ao nascituro a capacidade de ser parte ativa em uma relação jurídico-processual (ser autor de um processo), sob o correto argumento de que a lei lhe confere direitos, resultando naturalmente o reconhecimento de meios para a defesa deles, através de sua capacitação para a demanda. Interessante exemplo pode ser imaginado com a possibilidade de o nascituro, através de seu representante legal (a genitora), promover uma ação de alimentos contra o seu genitor (ou melhor, suposto pai), reclamando uma pensão para assegurar o próprio nascimento com vida. A jurisprudência, inclusive, já patrocinava a tese, de há muito:

“Alimentos. Direito do nascituro. Inadimplemento do marido. Inteligência dos arts. 19 da Lei 5.478/68 e 733 do CPC. São devidos alimentos à esposa e à filha, mencionada como nascituro no momento da propositura da ação” (TJ/RJ, Ac. 1ª Câmara Cív., Ap. Cív. 14954, Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves, RT 560: 220).

<sup>24</sup> Corroborando dessa ideia, BENEDITA INÊZ LOPES CHAVES esclarece que a “ultrassonografia permite a reprodução do nascituro, o que importa a necessidade de consentimento do titular, por seu representante legal, o pai, a mãe ou o curador, conforme o caso, residindo a hipótese de ofensa ao direito de imagem na utilização inautorizada de captação da imagem por este método” (*A tutela jurídica do nascituro*, op. cit., p. 76-77).

<sup>25</sup> Asseveram, corretamente, INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 23, que os direitos do nascituro “não são taxativos”, a eles se estendendo todos os demais compatíveis com a condição de pessoa concebida e ainda não nascida.

<sup>26</sup> “O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.2.2002, DJU 15.4.2002, p. 232).

<sup>27</sup> A hipótese é admitida jurisprudencialmente: “Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade ativa de parte. Interpretação dos arts. 5º da Constituição da República e 7º e 8º da Lei 8.069/90. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, uma vez que neste há vida” (TJ/SP, Ac. Unân. 1ª Câmara Cív. de Férias, Ap. Cív. 193.648-1, *Lex-JTJ* 150: 90).



Exatamente por reconhecer os direitos da personalidade do nascituro, foi editada a Lei nº 11.804/08, permitindo a concessão de *alimentos gravídicos*, em favor do nascituro.<sup>28</sup> Em bela obra dedicada ao tema, ANA CECÍLIA ROSÁRIO RIBEIRO, eminente civilista e representante do Ministério Público do Piauí, desfecha, com precisão, a questão: “O direito a alimentos para o nascituro consiste em simples consequência da consagração da garantia à vida pré-nascimento, posto que visa conferir meios de subsistência alimentar e de assistência pré-natal à gestante, de modo a propiciar o nascimento do feto e conferir-lhe uma tutela adequada e eficaz ao direito da vida intrauterina”.<sup>29</sup> Para a fixação dos *alimentos gravídicos*, a parte interessada deverá demonstrar *indícios de paternidade*, afinal não haveria como se exigir, nesse momento, a comprovação efetiva da paternidade.<sup>30</sup> De qualquer modo, a fixação dos alimentos não induz um reconhecimento de paternidade. Apesar de alguma controvérsia doutrinária, parece-nos certo que, interpretando o que consta do art. 1º do aludido Diploma Legal,<sup>31</sup> a legitimidade para ajuizar a ação de alimentos gravídicos é do nascituro, representado pela gestante. Isso porque o art. 6º da citada lei é de clareza solar ao afirmar que, fixados os alimentos gravídicos e sobrevindo o nascimento sem impugnação da paternidade, eles serão convertidos em pensão alimentícia em favor da criança.<sup>32</sup> Ora, se os alimentos gravídicos se convertem em pensão alimentícia em favor do infante, logicamente é porque foram fixados em seu favor. Afinal de contas, não poderiam ser fixados em favor da gestante e, posteriormente, serem convertidos em favor do filho dela – que, nesse caso, não seria parte da relação jurídica processual. Assim, firmamos nossa compreensão na legitimidade do próprio nascituro para reclamar os alimentos gravídicos.<sup>33</sup> De qualquer maneira, havendo discordâncias doutrinárias, o melhor caminho é a incidência do princípio da instrumentalidade das

<sup>28</sup> Estabelece, com clareza solar, o art. 2º do referido Diploma Legal, evidenciando a preocupação com a proteção integral do nascituro: “Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

<sup>29</sup> RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro*: tutela do direito à vida, op. cit., p. 171.

<sup>30</sup> Engrossando esse coro, DOUGLAS PHILLIPS FREITAS sublinha que “a lei permite a concessão da tutela com o simples ‘indício’, ou seja, para a concessão, basta a verossimilhança entre as alegações e os documentos (ou de ouvida pessoal, ou de testemunhas em um possível pedido de audiência de justificação). Não há como esperar, considerando o atual sistema dos alimentos gravídicos, em um conjunto probatório de maior complexidade” (*Alimentos gravídicos*, op. cit., p. 77).

<sup>31</sup> Art. 1º, Lei nº 11.804/08: “Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

<sup>32</sup> Art. 6º, Lei nº 11.804/08: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”.

<sup>33</sup> Já há precedente em nossos Tribunais compartilhando desse entendimento: “Alimentos gravídicos. Lei nº 11.804/08. Direito do nascituro. Prova. Possibilidade. 1. Havendo fortes indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados ao amparo da gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido” (TJ/RS, Ac. 7ª Câmara, Agr. Instr. 70037399276 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.7.2010, DJRS 19.7.2010).



formas, admitindo o juiz a legitimidade tanto do nascituro, quanto da gestante, indistintamente. Também detém legitimidade para os alimentos gravídicos o Ministério Público, em razão da indisponibilidade do direito à vida.

Não há dúvida, portanto, quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade ao nascituro. Nessa esteira, inclusive, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), em seu art. 7º, reconhece terem a criança e o adolescente “direito à proteção, à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Não só. No âmbito do Direito do Trabalho, a proteção ao nascituro pode ser facilmente percebida através do reconhecimento de estabilidade provisória da gestante, cuja finalidade, em última análise, é a proteção do nascituro, assegurando-lhe condições materiais para um nascimento digno. Nesse passo, o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias confere à empregada gestante a estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.<sup>34</sup> Já reconheceu a jurisprudência, inclusive, que “o escopo da garantia constitucional é, não só, a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, por estar grávida, mas *principalmente a tutela do nascituro*. Nesse sentido, a interpretação teleológica da norma constitucional conduz à conclusão de que, confirmada a gravidez durante a relação de emprego, nasce o direito da empregada à estabilidade provisória, com consequente restrição do direito de o empregador dispensá-la, salvo por justa causa” (TST, Ac. Unân., 4ª T., RR 2060/01, Rel. Min. Convocado José Antonio Pancotti, DJU 12.8.2005).

Por conta do reconhecimento desses diversos direitos (de caráter personalíssimo) em favor do nascituro, MARIA HELENA DINIZ lhe reconhece uma verdadeira “*personalidade jurídica formal*”,<sup>35</sup> de modo a viabilizar o exercício e proteção dos direitos da personalidade.

Lembre-se, no entanto, que os direitos de natureza patrimonial (apreciáveis economicamente), como a doação, a herança, o legado e a pensão previdenciária, somente serão adquiridos pelo nascituro com o implemento do nascimento com vida, uma vez que a plenitude da eficácia desses direitos patrimoniais fica condicionada a esse evento futuro e incerto (nascimento com vida).<sup>36</sup> Exemplificando, se é doado um imóvel a um nascituro, enquanto ele não nascer com vida, não poderá ser promovido o registro regular no Cartório de Imóveis em seu nome. Todavia, se alguém pagou os tributos devidos, poderá cobrar do nascituro, se nascer vivo.

De qualquer forma, há um precedente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito dos pais de receber a indenização do Seguro DPVAT por conta do atropelamento de uma gestante, com óbito do seu nascituro. Não significa que o nascituro titularize e transmita direitos patrimoniais. Trata-se, em verdade, de uma interpretação sistêmica e finalística do conceito de danos causados à pessoa

<sup>34</sup> Aliás, essa proteção ao nascituro é de tal relevo que foi cimentado entendimento na Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que “o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”.

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 180.

<sup>36</sup> ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato e. *Tutela civil do nascituro*, op. cit., p. 349.

humana. O Tribunal Superior reconheceu que a morte de um nascituro pode causar danos (autônomos) aos pais, sem que isso signifique que tenha o nascituro transmitido algum direito patrimonial. No *decisum*, afirmou a Corte:

“ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.

1 – Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 – Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto.

3 – Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intrauterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.120.676/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 7.12.2010, *DJe* 4.2.2011).

Verticalizando o estudo dos direitos do nascituro, é de se notar que, sendo a ele reconhecidos os direitos da personalidade desde a concepção, a proteção alcançará, por igual, o natimorto, que, embora concebido, não nasceu com vida. Assim, o natimorto titulariza, regularmente, os direitos da personalidade, como o direito à imagem e ao nome, exemplificativamente. Por lógico, o natimorto somente não poderá adquirir direitos de cunho patrimonial. Nesse sentido, a Jornada de Direito Civil chegou mesmo a asseverar:

Enunciado 1, Jornada de Direito Civil:

“A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

Afirme-se, nessa linha de intelecção, que o Direito Civil não pode ser entendido a partir de conceitos herméticos, devendo estar sintonizado com os anseios sociais e o progresso da humanidade. Porém, sobreleva que sempre tenha como fundamento a tutela da pessoa humana. Aliás, a Carta Magna privilegia a vida humana, considerada como supremo bem, cuja proteção toca, a um só tempo, ao interesse público e privado. O direito à vida deve ser preservado e respeitado em qualquer circunstância. Por isso, há de se enxergar a matéria com o espírito de proteger a vida humana em todas as suas manifestações, inclusive no caso daqueles que já foram concebidos, tenham, ou não, nascido com vida.

Enfim, *in dubio pro vita*, sempre.

## 4

### POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR CONDUTAS PREJUDICIAIS AO NASCITURO DURANTE A GRAVIDEZ?

Interessante questão que vem se apresentando para o debate diz respeito à possibilidade de responsabilização civil da gestante por condutas danosas ao nascituro durante a gravidez.

O tema é extremamente novo e ainda não chegou aos tribunais brasileiros.

Reconhecidos os direitos da personalidade ao nascituro, conforme preconizado anteriormente, vem se pregando a possibilidade de responsabilizar a gestante por danos impostos ao seu filho durante o período gestacional, por comportamentos culposos (indignos, negligentes ou imprudentes, por exemplo). “Nesse contexto, é possível reconhecer ao que vai nascer direito à reparação dos danos que lhe forem causados, durante sua vida no útero materno”, consoante a pioneira lição da professora mineira SILMA MENDES BERTI.<sup>37</sup>

É que a falta de consciência e de compromisso materno pode implicar drásticas consequências para a formação humana.

Por isso, comportamentos desregrados da gestante (como, por exemplo, fumar, ingerir bebidas alcoólicas ou utilizar substâncias entorpecentes) ganham especial destaque, em face da indubitosa possibilidade de prejudicar, sobremaneira, o bebê.<sup>38</sup>

É de se deixar claro que, admitido o argumento, não se pode pretender com isso afrontar a *liberdade de atuação da mulher* – incontestável diante da própria igualdade constitucional – ou a *privacidade feminina*, com o natural resguardo das suas atitudes em relação ao seu corpo. Apenas o que se tolera é a afirmação de que, cuidando-se de uma mulher gestante, o seu comportamento poderá gerar severas consequências ao filho, inclusive má formação física ou psíquica e, assim, justificar-se uma relativização dessa liberdade comportamental.

De qualquer maneira, se trataria de hipótese de responsabilidade civil subjetiva, dependente da comprovação da culpa *lato sensu*, na forma do *caput* do art. 927 do Código de 2002.

A eventual ação promovida pelo filho contra a genitora pode ser ajuizada antes ou depois do nascimento com vida, representado pelo seu responsável (o pai, nesse caso, ou um curador especial, nomeado pelo juiz, na forma dos arts. 1.779 do Código Civil e 9º do Código de Processo Civil).

A tendência no direito comparado é resolver essa questão em favor da criança, estabelecendo responsabilidades para a gestante (e, a depender do caso, ao médico, quando atuar culposamente). No direito norte-americano encontra-se o caso *Jefferson c. Griffin Spalding County Hospital Authority* 274 S.E. 2d 457, julgado em 1981, pela Suprema Corte da Geórgia, no qual se ordenou a uma gestante de 39 semanas submeter-se a uma cesariana, contra a sua vontade, para salvar a vida do feto, ameaçada em razão de problemas durante a gestação. Localiza-se, também, outro precedente, relativo ao Caso *Jennifer Johnson*, com a primeira condenação de uma mulher, nos Estados Unidos, por ter contaminado o próprio filho, com fortes doses de cocaína, através do cordão umbilical. Na

<sup>37</sup> BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*, op. cit., p. 198.

<sup>38</sup> “Lesões fetais bastante significativas podem ainda resultar da desnutrição da mãe, da desinformação, da falta de cuidados pré-natais, da prática de certas atividades físicas, da conduta negligente, da transmissão de uma doença, de uma condição genética ou ainda a exposição a um ambiente perigoso para a saúde da criança por nascer. A quem atribuir a responsabilidade por tais atos?” (BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*, op. cit., p. 200-201).

jurisprudência italiana, um Tribunal de Piacenza admitiu a responsabilidade dos pais por dano pré-concepcional causado à integridade física do filho, a quem transmitiram moléstia grave contagiosa.<sup>39</sup>

## 5 O TRATAMENTO JURÍDICO DO EMBRIÃO LABORATORIAL (*IN VITRO*)

Em outra perspectiva, vem se discutindo, especialmente em sede doutrinária, sobre a aplicação da tutela do nascituro também aos embriões laboratoriais (*in vitro*), ainda não implantados no corpo humano.

A questão pertence à área cinzenta do direito, ainda comportando acesos e apaixonados debates.

Os embriões laboratoriais (embriões *in vitro*) são aqueles remanescentes de uma fertilização na proveta (embriões excedentários) ou que foram preparados para serem implantados em uma mulher, mas ainda não o foram (embriões pré-implantatários).

Evitando um posicionamento precipitado, o Código Civil de 2002 silenciou sobre a proteção do embrião laboratorial, deixando a matéria, acertadamente, para a legislação extravagante. Tanto assim que o Enunciado 2 da Jornada de Direito Civil, preocupado com o tema, já excepcionava a matéria. Note-se:

Enunciado 2, Jornada de Direito Civil:

“Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutibilidade humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”.

Majoritariamente, vem se entendendo, no direito brasileiro, que o embrião laboratorial *não dispõe da proteção dedicada ao nascituro* (àquele que já foi concebido no ventre humano). Com isso, o entendimento predominante é no sentido de que não são aplicáveis aos embriões *in vitro* os direitos da personalidade.<sup>40</sup>

Muito se tem discutido acerca da possibilidade, ou não, de descarte do embrião criogenizado, quando não utilizado. A questão permanece viva na doutrina e, sem dúvida, reclama uma solução muito mais ética do que jurídica.<sup>41</sup> Aliás, trata-se de típico tema da Bioética.

<sup>39</sup> Os exemplos são extraídos da obra de SILMA MENDES BERTI. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*, op. cit., p. 194 e 197.

<sup>40</sup> Tomando posição contrária no debate científico, JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES advoga que o “embrião não é um ente de qualquer natureza, mas um organismo de natureza humana; é um ente vivo destinado, desde o início de sua existência, a desenvolver-se até o nascimento de um novo ser humano completo”. E arremata: “é de se outorgar-lhe o direito de receber tratamento adequado e justo” (*A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*, op. cit., p. 149).

<sup>41</sup> FÁBIO ULHOA COELHO anota que se trata de “complexa questão”, ainda não havendo resposta que esclareça se o embrião *in vitro* é sujeito ou objeto de direito. Cf. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 149.

Tratando especificamente do tema, e partindo da premissa de que os embriões congelados não dispõem da proteção deferida ao nascituro (portanto, não são titulares de direitos da personalidade), a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), seguindo o sistema francês, permite, em seu art. 5º, que os embriões congelados, não utilizados no prazo de três anos, sejam encaminhados para pesquisas com células-tronco. Com isso, ao reconhecer a possibilidade de descarte dos embriões congelados não utilizados durante três anos, a legislação brasileira está, via de consequência, negando a incidência dos direitos da personalidade ao embrião de laboratório.

Depois de inúmeros debates, a Suprema Corte brasileira, através de seu Plenário, reconheceu a constitucionalidade do citado dispositivo legal (art. 5º da Lei de Biossegurança). No voto condutor do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, o Ministro CARLOS AYRES BRITTO asseverou que a “proteção constitucional do direito à vida não atinge o embrião humano fertilizado *in vitro*. Isso se deve ao silêncio da Constituição Federal sobre o início da vida humana” (*silêncio de morte*, na expressão do relator) e à afirmação contida no comentado art. 2º da Lei Civil de que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Afirmou a Corte que nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal é pessoa, concluindo que “o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino”. E em se tratando de fertilização extracorpórea, inferiu-se que o concebido não é nascituro, pelo menos enquanto não for introduzido no útero feminino, e a sua destruição não se enquadraria no crime de aborto previsto pelo Código Penal, pois não estaria a caminho do nascimento, mas confinado *in vitro*, sem qualquer possibilidade de progressão. Sem dúvida, como bem disse a Corte Maior, ao recorrer à fertilização extracorpórea, o casal não estará obrigado a aproveitar todos os óvulos eventualmente fecundados, até porque os embriões excedentários não mantêm com seus genitores o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que costumam ter os embriões fecundados naturalmente e, por isso, foi reconhecida a impossibilidade de mantê-los congelados indefinidamente, podendo-se, com a autorização dos pais, destruí-los para os fins previstos pelo art. 5º da Lei de Biossegurança.

Sem dúvida, despojado de personalidade e da proteção jurídica dos direitos da personalidade, nada impede que o embrião congelado seja usado para superar o infortúnio alheio, em benefício da saúde e da ciência (e da vida, em última análise!), através das pesquisas médicas, como bem reconheceu o Supremo Tribunal Federal.<sup>42</sup> Abstraídas as discussões religiosas e buscando uma visão constitucional do tema, focada na busca da dignidade humana, é digna de aplausos a decisão da Suprema Corte, permitindo a utilização de embriões congelados para pesquisas científicas, até porque, com isso, acende-se uma chama de esperança para inúmeras pessoas e famílias brasileiras.

Outrossim, ainda em nosso país, a Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina – CFM apenas recomenda aos profissionais da área que não utilizem as

<sup>42</sup> No mesmo sentido, FLÁVIO TARTUCE advoga a constitucionalidade do dispositivo legal, argumentando que “a partir da ponderação de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à utilização de células-tronco devem prevalecer sobre os interesses individuais relativos ao embrião” (*Direito Civil*, op. cit., p. 135).

técnicas de reprodução assistida para selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do novo ser, exceto com a intenção de evitar patologias ligadas ao sexo.

## 6 A CAPACIDADE CIVIL: A CAPACIDADE DE FATO (OU DE EXERCÍCIO), A CAPACIDADE DE DIREITO (OU DE GOZO) E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

### 6.1 Noções gerais sobre a capacidade jurídica

O Ordenamento Civil elegeu os seres humanos, as *personas naturais*, como potenciais titulares das relações jurídicas (ao lado das *personas jurídicas*), dando-lhes aptidão genérica para a prática de atos da vida civil.

A *capacidade* surge, nessa ambientação, como uma espécie de medida jurídica da personalidade – que é reconhecida a todas as pessoas naturais e jurídicas.

Em resumo, a *capacidade jurídica* envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes.

A capacidade jurídica é dividida em *capacidade de direito* (também dita *de aquisição* ou de *gozo*), reconhecida indistintamente a toda e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica; e *capacidade de fato* (ou *de exercício*), que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil.<sup>43</sup> Ilustrando a matéria, percebe-se que uma criança com oito anos de idade possui capacidade de direito (que é a potencialidade de ser titular de relações jurídicas), embora não disponha de capacidade de fato, não lhe sendo possível praticar pessoalmente qualquer ato jurídico. Assim, convém notar que a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.

A *capacidade jurídica plena* ou *geral* é reconhecida a quem dispõe tanto da capacidade de direito, quanto da capacidade de fato. Em outras palavras: a plena capacidade jurídica, então, corresponde à efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros.

Sintetizando: enquanto a *capacidade de direito* exprime a ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos (reconhecida a todas as pessoas humanas e estendida aos agrupamentos morais), a *capacidade jurídica* é a possibilidade de praticar, pessoalmente, os atos da vida civil.

<sup>43</sup> Pondera o eminente civilista argentino RICARDO RABINOVICH-BERKMAN que seria mais próprio e correto falar em “capacidade de titularizar direito e capacidade de exercer direitos” (*Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 409).



## 6.2 A distinção entre a capacidade jurídica e a legitimação

Não há de se confundir, todavia, a *capacidade jurídica* com a *legitimação*. Esta (a legitimação) significa uma “inibição para a prática de determinados atos jurídicos, em virtude da posição especial do sujeito em relação a certos bens, pessoas ou interesses”, como salienta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO,<sup>44</sup> enquanto aquela (a capacidade jurídica) diz respeito à possibilidade genérica de praticar atos jurídicos pessoalmente.

Noutra perspectiva, é possível afirmar que a legitimação é uma espécie de *capacidade jurídica específica para certas situações*. Ou seja, um requisito específico (legalmente exigido) para a prática de certos atos específicos.

Vale dizer, ainda que capacitada plenamente, a pessoa poderá não estar habilitada para a prática de determinados atos da vida civil, para os quais a norma jurídica estabelece requisitos específicos.

A situação pode ser bem vislumbrada no clássico exemplo do art. 496 do Código Civil, que estabelece a anulabilidade da venda de imóvel entre ascendente e descendente, sem o expresso consentimento de todos os demais herdeiros. No caso, a aquiescência dos demais interessados é a *legitimação* exigida pelo ordenamento. Outro exemplo eloquente de *legitimação* vem do comando do art. 1.647 do Texto Codificado, pelo qual é exigida, para a alienação ou oneração de bem imóvel pela pessoa casada (exceto se casada pelo regime de separação convencional de bens), além da plena capacidade jurídica, a outorga (consentimento) do seu cônjuge, sob pena de anulabilidade do ato.

A legitimação é, portanto, um *plus* na capacidade. Trata-se de um requisito específico, extra, exigido para a prática de determinados atos específicos da vida civil.

## 6.3 A capacidade de direito e a capacidade de fato

É mister distinguir a *capacidade de direito* (também dita *de gozo*) da *capacidade de fato* (ou *de exercício*).

Na verdade, a capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações. Confunde-se, pois, com a própria noção de personalidade: é a possibilidade de ser sujeito de direitos. Toda pessoa natural a tem, pela simples condição de pessoa. É por isso que a capacidade de direito é fundamental, “porque contém potencialmente todos os direitos de que o homem pode ser sujeito” (art. 69 do Código Civil português).

Distintamente da capacidade de direito é a capacidade de fato, que pertine à aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Admite, por conseguinte, variação e gradação. Comporta verdadeira diversidade de graus, motivo pelo qual se pode ter *pessoas plenamente capazes* e, de outra banda, *pessoas absolutamente incapazes* e *pessoas relativamente incapazes*. É aqui que incidirá a teoria das incapacidades, eis que não é possível gradar a capacidade de direito, por ser absoluta, como a personalidade.

<sup>44</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 60.



No dizer claro e objetivo de FRANCISCO AMARAL, “a primeira (capacidade de direito) é a aptidão para a titularidade de direitos e deveres, a segunda (capacidade de fato), a possibilidade de praticar atos com efeitos jurídicos, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas”.<sup>45</sup>

Em síntese explicativa, AFRÂNIO DE CARVALHO é preciso: “A capacidade de direito inere necessariamente a toda pessoa, qualquer que seja a sua idade ou o seu estado de saúde. A capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, é que pode sofrer limitação oriunda da idade e do estado de saúde”.<sup>46</sup>

Conclusivamente, enquanto a capacidade de direito (que se confunde com a própria personalidade) deflui do próprio nascimento com vida, a capacidade de fato resulta do preenchimento de condições biológicas e legais.

É intuitivo que a teoria das incapacidades – estabelecendo diferentes graus de ausência da capacidade – somente poderá incidir sobre a capacidade de fato, jamais sobre a capacidade de direito.

Todas essas considerações distintivas entre a capacidade de fato e a capacidade de direito somente se justificam, no atual estágio do Direito Civil, plasmado pelas garantias constitucionais, para o exercício de direitos patrimoniais. Isto é, no que tange ao exercício de situações jurídicas patrimoniais, ainda perdura a utilidade de apartar a capacidade de gozo (ser titular da relação jurídica) da capacidade de exercício (poder praticar o ato pessoalmente). Essa distinção classificatória, porém, não mais tem guarida quando se tratar de relações jurídicas *existenciais*, como no exemplo dos direitos da personalidade. Quanto aos interesses existenciais, é certo e indubitado que qualquer pessoa humana – maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício – pode exercê-los e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de um comprometimento de sua dignidade.<sup>47</sup>

## 6.4 A teoria das incapacidades

Partindo da ideia preliminar e fundamental de que *a capacidade é a regra e a incapacidade, a exceção*, veio o direito positivo a contemplar, objetivamente, as hipóteses de restrição da plena capacidade, esclarecendo ser excepcional a limitação ao exercício dos atos civis.

De forma pragmática, “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos” direta e pessoalmente, como verbera SÍLVIO RODRIGUES.<sup>48</sup>

Não há que se confundir, entretanto, *incapacidade com vulnerabilidade*. Esta (a vulnerabilidade) *é um estado inerente de risco que enfraquece um dos contratantes, desequilibrando*

<sup>45</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 229.

<sup>46</sup> CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de Direito Privado*, op. cit., p. 21.

<sup>47</sup> A ideia é compartilhada por CÉLIA BARBOSA ABREU. *Curatela e Interdição Civil*, op. cit., p. 223.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 41.

uma *relação jurídica*<sup>49</sup> (como no exemplo da relação de consumo), enquanto aquela (a incapacidade) diz respeito à falta de perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos. Nota-se que ambos estão em posição de desvantagem, reclamando diferentes tipos de proteção jurídica, mas ao vulnerável não é obstada a prática direta de qualquer ato. Ademais, enquanto a proteção legal dedicada ao incapaz abrange todo e qualquer ato jurídico, a tutela do vulnerável concerne, por evidente, somente à relação jurídica na qual estiver, especificamente, inserido.

Com isso, importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual.

Considerada essa falta de compreensão do titular, a incapacidade implica na deflagração de uma série de medidas protetivas em favor do incapaz. Dentre elas, merece destaque: (i) não corre prazo de prescrição ou de decadência contra o absolutamente incapaz (CC, arts. 198, I, e 208); (ii) os pais não podem alienar ou gravar com ônus real os imóveis de filhos menores, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade com autorização do juiz, ouvido o Promotor de Justiça (CC, art. 1.691); (iii) ao incapaz é permitido, excepcionalmente, recobrar o valor pago, voluntariamente, a título de dívida de jogo ou aposto (CC, art. 814); (iv) o mútuo (empréstimo de coisa móvel) feito a pessoa menor, sem prévia autorização do responsável, não pode ser reavido (CC, art. 588), salvo nas hipóteses previstas em lei (CC, art. 589);<sup>50</sup> (v) ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (CC, art. 181); (vi) havendo interesse de incapaz, a partilha no inventário tem de ser judicial, vedada a partilha amigável, em juízo ou em cartório (CC, art. 2.015).

Vê-se, com clareza solar, que a proteção jurídica dos incapazes se concretiza através da concessão de direitos diferenciados, e não por meio da retirada da plena capacidade (capacidade de agir pessoal e diretamente). Como bem propõe CÉLIA BARBOSA ABREU, “uma *ratio* contemporânea do regime jurídico das incapacidades perpassa necessariamente por uma proteção jurídica mais abrangente do cidadão incapaz, pelo enfrentamento das ideias de exclusão e inclusão por uma tutela que não se reduza a resguardar interesses de ordem patrimonial. Assim, o incapaz poderá desenvolver suas potencialidades, superando obstáculos que no passado pareciam intransponíveis e hoje muitas vezes são meramente transitórios”.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 137.

<sup>50</sup> Autoriza-se a quem emprestou o dinheiro ao menor reaver o valor nos seguintes casos: “I – se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente; II – se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais; III – se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças; IV – se o empréstimo reverteu em benefício do menor; V – se o menor obteve o empréstimo maliciosamente” (CC, art. 589).

<sup>51</sup> ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*, op. cit., p. 223-224.

Demais disso, vale a lembrança de que a *saúde mental*, pela sua própria complexidade, reclama a adoção de políticas públicas intersetoriais protetivas da pessoa humana, de modo a promover e resguardar os direitos fundamentais das pessoas com transtornos mentais, inclusive com a utilização de recursos públicos, consoante previsão do art. 198, § 2º, da *Lex Mater*.

Não é difícil perceber, pois, que toda a sistemática da interdição reclama interpretação restritivistista, não sendo possível maximizar as hipóteses de incapacidade para atingir pessoas capacitadas plenamente.

Logo nos arts. 3º e 4º, o Código Civil limitou a aptidão genérica para praticar atos da vida civil pessoalmente (ou seja, restringiu a capacidade plena da pessoa humana), estabelecendo algumas hipóteses de falta de *capacidade jurídica plena*, criando uma verdadeira gradação ao exercício da capacidade de fato. Esses diferentes graus de incapacidade fazem referência, a toda evidência, à possibilidade, ou não, de exercício direto e pleno de direitos pelo próprio titular, e não à aptidão para ser titular de relações jurídicas (o que diz respeito à capacidade de direito, que não admite gradações).

Trata-se de limitações ao livre exercício da *plena capacidade jurídica* que, a toda evidência, têm de ser admitidas em caráter excepcional, devendo ser “encaradas restritivamente”, consoante a preleção de MARIA HELENA DINIZ.<sup>52</sup> Não há, pois, outras categorias de incapacidades afora aquelas previstas em lei. A rudeza, o analfabetismo e o encarceramento prisional, *exempli gracia*, ainda que sirvam para uma diminuição da perfeita compreensão de determinados atos da vida, não ensejam, isoladamente, o reconhecimento de uma incapacidade jurídica.

De igual forma, a senectude (velhice), por si só, não implica em incapacidade, por mais idosa que seja a pessoa, em razão, como visto, da necessária compreensão restritiva do rol limitador da plena capacidade jurídica.<sup>53</sup> Aliás, a Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso estabelece especial proteção para a pessoa maior de 60 anos, como expressão da universalização do exercício da cidadania.

De fato, apesar de não ser incapaz, é inegável que o idoso, em razão de sua idade, pode sofrer limitações justificáveis, impondo, por isso, um tratamento diferenciado (através, por exemplo, da prioridade de atendimento, da gratuidade no acesso aos transportes públicos, da aposentadoria por idade etc.), como expressão do reconhecimento de sua dignidade, independentemente de sua classe social ou produtividade econômica. Vale a ressalva, contudo, de que toda e qualquer diferenciação jurídica por motivo etário somente será possível “desde que haja razoabilidade na fixação do critério discriminador”, como percebe ROBSON RENAULT GODINHO.<sup>54</sup> Sem dúvida, o respeito

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*, op. cit., p. 9.

<sup>53</sup> A jurisprudência acoberta esse entendimento: “O fato de o interditando ter idade biológica avançada não justifica, por si só, a interdição, se o mesmo não é portador de nenhum problema mental que o impeça de gerir sua própria pessoa, conforme apontado em perícia médica” (TJ/MG, Ac. Unân., 2ª Câ. Cív., Ap. Cív. 1.0481.02.018476-0/001 – Comarca de Patrocínio, Rel. Des. Jarbas Ladeira, j. 14.2.2006, *DJMG* 10.3.2006). No mesmo sentido, FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 177-178.

<sup>54</sup> GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*, op. cit., p. 7.

ao princípio constitucional da igualdade substancial reclama tratamento diverso aos cidadãos somente quando estejam em situações de desigualdade. Por isso, a concessão de tratamento diferenciado às pessoas idosas somente é justificável com esteio na razoabilidade, de modo a *remover obstáculos de fato ao desenvolvimento efetivo do idoso*.<sup>55</sup> Exatamente por isso, não é difícil perceber que o tratamento dedicado pelo Código Civil ao idoso, no que tange à possibilidade de escolha do regime de bens de seu casamento, é discriminatório, ao estabelecer que, se um dos nubentes tiver mais de 70 anos de idade, o regime de bens será, obrigatoriamente, a separação de bens (CC, art. 1.641, II, com a redação emprestada pela Lei nº 12.344/10), em nítida violação aos princípios constitucionais. Sem dúvida, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, ferindo frontalmente o fundamental princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), além do postulado da *igualdade substancial*,<sup>56</sup> por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-la a uma tutela reducionista, além de estabelecer restrição que a Constituição não fez. A outro giro, mostra-se justificável, porque razoável, a estipulação de limites etários para a inscrição em concursos públicos, em face da natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Nesse passo, a Súmula 683 do Supremo Tribunal Federal já reconheceu que “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Identicamente, as pessoas com deficiência física não podem ser reputadas incapazes em razão, apenas, de sua debilidade física. É que na ótica civil-constitucional, especialmente à luz da igualdade substancial (CF, arts. 3º e 5º), as pessoas com deficiência física dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo qualquer motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade. E, muito pelo contrário, reclamam proteção diferenciada, de modo a que se lhes garanta plena *acessibilidade*, como, aliás, bem previsto na legislação específica (Leis nºs 10.048/00 e 10.098/00).<sup>57</sup>

No que tange às incapacidades, distingue o Código Civil as pessoas *absolutamente incapazes* (art. 3º) daquelas outras nominadas de *relativamente incapazes* (art. 4º).

São reputados *absolutamente incapazes* aqueles que não possuem qualquer capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, a sua manifestação de vontade.

<sup>55</sup> Esse é o pensamento desenvolvido, também, por PIETRO PERLINGIERI. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucional, op. cit., p. 168.

<sup>56</sup> Colhe-se importante precedente jurisprudencial no sentido defendido no texto: “Casamento – Regime de bens – Separação legal obrigatória – Nubente sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, par. único (atual art. 1.641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da ação anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*‘substantive due process of law’*), já não vige a restrição constante do art. 258, parágrafo único, II, do CC (atual art. 1.641, CC)” (TJ/SP, Ac. 2ª Câ. de Direito Privado, Ap. Cív. 7.512-4/2-00 – Comarca de São José do Rio Preto, Rel. Des. Cezar Peluso, j. 18.8.1998).

<sup>57</sup> Acerca da proteção deferida constitucionalmente às pessoas com deficiência, é imprescindível a leitura da obra de LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: CORDE, 1994.

Exatamente por isso, precisam estar *representados* por terceira pessoa (o chamado representante legal). O representante legal, então, praticará os atos da vida civil em nome do representado (o incapaz absolutamente). A incapacidade absoluta veda, portanto, o exercício das situações jurídicas pessoalmente pelo titular.

Bem por isso, a prática de um ato pelo incapaz, sem a necessária representação ou assistência, implica em invalidade, absoluta ou relativa, a depender do tipo de incapacidade: os atos praticados pelo absolutamente incapaz serão *nulos*, não produzindo qualquer efeito jurídico; enquanto os atos praticados pelo relativamente incapaz serão *anuláveis*, produzindo efeitos até que lhe sobrevenha uma decisão judicial reconhecendo a invalidade.

O *Codex* impôs inovações no regime da incapacidade absoluta. Confira, abaixo, o quadro esquemático comparativo:

### Código Civil de 1916

#### ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

*Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

*I – os menores de 16 (dezesseis) anos;*

*II – os loucos de todo gênero;*

*III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade;*

*IV – os ausentes declarados tais por ato do juiz.*

### Código Civil de 2002

#### ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

*Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

*I – os menores de 16 (dezesseis) anos;*

*II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;*

*III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.*

Contempla o art. 3º do Texto Codificado as seguintes hipóteses de *incapacidade absoluta*:

- i) *menores de 16 anos*, tendo sido estabelecida essa faixa etária em razão de critério baseado na compreensão da realidade, entendendo o legislador faltar maturidade suficiente para manifestar vontade a esse grupo de pessoas. Ou seja, entende-se que o menor de 16 anos de idade não tem condições de manifestar a sua vontade, em face de seu exíguo desenvolvimento psíquico. A fixação da idade é uma opção legislativa, tanto que o direito argentino estabelece a incapacidade absoluta para os menores de 14 anos de idade.
- ii) *os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos*, substituindo a infeliz e criticada expressão *loucos de todo gênero*, utilizada pelo Código Civil revogado, referindo-se, agora, àqueles

que sofrem de insanidade mental. É certo que determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano. Daí a opção legislativa de reconhecer tais pessoas como incapazes. Na hipótese, a causa incapacitante reside em uma patologia ou estado psíquico, que, obviamente, reclama comprovação pericial-médica, demonstrando a absoluta ausência de discernimento para os atos da vida. O reconhecimento dessa incapacidade jurídica exige procedimento de interdição (a chamada curatela dos interditos, prevista no Código de Processo Civil, em seus arts. 1.177 e seguintes), para que se declare a incapacidade absoluta de alguém. O ordenamento jurídico-civil, inclusive, não reconhece os chamados “*intervalos lúcidos*”, que se tornam irrelevantes para fins de reconhecimento da capacidade do titular, ao contrário do Direito Penal. Desse modo, o interditado não tem capacidade intermitente, somente readquirindo-a por decisão judicial.

- iii) *os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade*, revelando a desnecessidade de que a causa incapacitante seja definitiva. Tais pessoas deverão estar representadas por um curador (CC, arts. 1.767 e 1.780), que exercerá a sua representação. Um bom exemplo de incapacidade absoluta por esse motivo é a pessoa que, mesmo temporariamente, está internada em Unidade de Terapia Intensiva – UTI, não tendo condições de manifestar vontade. Note-se que a hipótese não estaria presa, necessariamente, à ocorrência de uma patologia mental.<sup>58</sup>

Veja-se, ademais, em conformidade com o próprio Código Civil, não ser possível estender a incapacidade aos ausentes, assim declarados por ato judicial, como o fazia, indevidamente, a legislação revogada (CC/1916, art. 5º, IV). É que não há, na verdade, uma incapacidade por força da declaração de ausência, mas sim uma necessidade de proteger os interesses do desaparecido,<sup>59</sup> devido a sua impossibilidade material de cuidar dos seus bens e interesses, o que se dá através do instituto da curatela. Por isso, o Código Civil retirou os ausentes do rol dos absolutamente incapazes, tratando-os de forma autônoma nos seus arts. 22 a 39. Com isso, os atos praticados pelo ausente, mesmo depois do reconhecimento judicial da ausência, serão válidos, não sendo possível cogitar de eventual invalidade.

Como visto, os atos praticados pelo absolutamente incapaz são nulos de pleno direito, deles não decorrendo qualquer efeito jurídico, como proclama o art. 166, I, do Diploma Civil.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Mais restritiva, MARIA HELENA DINIZ entende que, nesse caso, somente estão enquadradas as pessoas que, “por doença que acarrete deficiência física (surdo-mudez, por exemplo), ou perda de memória, não puderem, ainda que temporariamente, manifestar sua vontade” para a prática dos atos da vida civil (*Novo Código Civil Comentado*, op. cit., p. 9).

<sup>59</sup> Com o mesmo raciocínio, ARNALDO RIZZARDO é enfático: “Na verdade, o ausente não é incapaz, tanto que, ao reaparecer, passar a exercer todos os atos da vida civil” (*Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 197).

<sup>60</sup> Por isso, afirmou-se, oportunamente, que “é nulo ato praticado por menor absolutamente incapaz”, não produzindo efeitos o ato praticado pelo “atleta que assinou ficha em clube esportivo sem a participação de seu representante legal” (TJ/RS, Ac. 1ª Câmara, Cív., Ap. Cív. 587045311, Rel. Des. Elias Elmyr Manssour, j. 15.11.1987).



Eventualmente, porém, os atos praticados pelos menores de 16 anos (inciso I, art. 3º, do Código Civil) podem surtir efeitos jurídicos quando disserem respeito à concretização de situações jurídicas existenciais, se o incapaz demonstra discernimento suficiente para tanto.<sup>61</sup> Exemplo interessante pode ser lembrado com a declaração de vontade do menor para fins de adoção, valendo lembrar, inclusive, no que tange aos maiores de 12 anos de idade, que a própria legislação (CC, art. 1.621) exige a sua expressa concordância para o deferimento da colocação em família substituta.

Já os *relativamente incapazes* – que constituem, por outro turno, categoria específica de pessoas igualmente necessitadas de proteção jurídica, porém em grau inferior aos absolutamente incapazes – são, de acordo com o art. 4º do Texto Codificado: (i) o maior de 16 e menor de 18 anos de idade; (ii) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; (iii) os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e (iv) o pródigo.

No que tange ao relativamente incapaz, o sistema jurídico não ignora a sua vontade. Ao revés. Leva em conta a sua manifestação volitiva, desde que regularmente assistido, na forma da legislação pertinente. Assim, os atos praticados pelo relativamente incapaz exigem não apenas a presença do assistente, mas, por igual, a sua própria intervenção, como condição de validade.

Confira-se, abaixo, o quadro comparativo das incapacidades, entre o Código Civil de 2002 e a Codificação revogada, construído com o propósito de ilustrar a matéria:

Não se pode esquecer a proibição de trabalho ao menor de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade.

### Código Civil de 1916

#### RELATIVAMENTE INCAPAZES

**Art. 6º** São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

*I* – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156);

*II* – os pródigos;

*III* – os silvícolas.

**Parágrafo único.** Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país.

### Código Civil de 2002

#### RELATIVAMENTE INCAPAZES

**Art. 4º** São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

<sup>61</sup> Nesse diapasão, o Enunciado 138 da Jornada de Direito Civil estabelece: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a ele concernentes, desde que demonstrem discernimento suficiente para tanto”. Em razão do teor desse enunciado, FLÁVIO TARTUCE chega a afirmar a validade de “um contrato celebrado por menor impúbere, de compra de um determinado bem de consumo [...], principalmente se houver boa-fé dos envolvidos”. Cf. *Direito Civil*, op. cit., p. 139.



I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os *ébrios habituais*, os *viciados em tóxicos*, e os que, por *deficiência mental*, tenham o *discernimento reduzido*;

III – os *excepcionais*, sem *desenvolvimento mental completo*;

IV – os *pródigos*.

Parágrafo único. *A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.*

Como se pode notar, a Codificação de 2002 implantou, igualmente, algumas inovações no regime da incapacidade relativa. Vale o destaque:

- i) *maiores de 16 e menores de 18 anos de idade*, emanando de critério cronológico fixado pelo legislador. Criticável, ou não, o certo é que consoante a opção do Código Civil brasileiro, um jovem acima de 18 anos de idade, mesmo que mantido social, pessoal e economicamente pelos pais, responderá pessoalmente pelos danos causados a terceiros. E, supondo hipoteticamente que esse jovem não tenha patrimônio próprio, o dano ficará sem ressarcimento, mesmo considerando que os seus pais, que cuidam de sua manutenção, têm patrimônio suficiente para a reparação do prejuízo.<sup>62</sup>
- ii) *os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido*, consubstanciando critério que se refere aos *viciados em substâncias alcoólicas* e aos *toxicômanos*, não gozando de proteção aqueles que façam uso eventual, livre e espontaneamente, de substâncias alucinógenas. Quanto aos deficientes mentais, observa-se que, diferentemente do que ocorre no art. 3º, II, do Código Civil, nesse dispositivo o discernimento mental é apenas reduzido, enquanto na incapacidade absoluta o discernimento não existe. Já em relação à incapacidade dos *ébrios habituais* e *toxicômanos*, não é possível elastecê-la para alcançar as pessoas que, eventualmente, durante alguma comemoração, por exemplo, excedam na ingestão de bebidas alcoólicas ou mesmo de substâncias entorpecentes. Estes (que, eventualmente, estão *ébrios* ou tomados pelos efeitos entorpecentes) respondem pelos seus atos, regularmente. Aqui, incide a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na sua causa), motivando a possibilidade de punição da pessoa que provocou o seu próprio estado de inconsciência, vindo a causar um dano a outrem. Através dessa tese, o momento de aferição da responsabilidade deve ser o da ingestão da substância, e não a prática do ato. MARCOS EHRHARDT JÚNIOR chama a atenção, ainda, para o fato de que “o uso abusivo e imoderado, de modo reiterado, das chamadas ‘drogas lícitas’ (analgésicos, ansiolíticos, remédios para dormir etc.), sem prescrição médica, pode ensejar a configuração da incapacidade relativa”, em face da possibilidade de “dependência psíquica ou física”.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Já se afirma que “a redução do limite etário para definição da capacidade civil aos dezoito anos não altera o disposto no art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações de proteção, previstas em legislação especial” (Enunciado 3 da Jornada de Direito Civil).

<sup>63</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 131.

- iii) *os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*, abrangendo aqueles que, por alguma anomalia, não evidenciem um desenvolvimento mental completo. São casos de deficiência ou de retardamento mental em grau médio, sem retirar, por completo, o discernimento da pessoa – que, de algum modo, mantém um relativo controle de si mesma e dos seus atos. No ponto, é imprescindível a ocorrência de um déficit mental, comprometendo a compreensão plena da vida. É o que ocorre, por exemplo, com os portadores da Síndrome de Down.
- iv) *o pródigo*, conforme o entendimento da legislação brasileira, é a pessoa que, desordenadamente, gasta os seus haveres, dilapidando o seu patrimônio, de modo a comprometer a sua subsistência. Com o fito de justificar a incapacidade do pródigo reconhecida pela lei, a doutrina vem afirmando que a prodigalidade constitui “um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar, ainda que por via oblíqua, a tessitura familiar e social”.<sup>64, 65</sup> A prodigalidade, porém, é fenômeno complexo, exigindo um diálogo entre diferentes searas, como o Direito, a Psiquiatria, a Psicanálise e a Economia. É claro que a prodigalidade não pode estar ligada, tão somente, ao volume de gastos de alguém. Até porque é possível gastar muito sem prejudicar a própria sobrevivência. Ao nosso visio, a prodigalidade não constitui, tecnicamente, causa incapacitante. É que, lastreado na dignidade humana, não vemos lógica em interditar alguém (e, por conseguinte, privá-lo da capacidade jurídica geral) apenas porque despende o seu patrimônio desordenadamente. Trata-se de absurda intervenção do Estado. Bastaria imaginar alguém que amealhou patrimônio para um dia gastá-lo como bem aprouver. Por que uma pessoa tem de deixar patrimônio resguardado? Isso implica em uma exacerbada valorização do patrimônio em detrimento da essência da pessoa. É instigante a provocação de JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES: “*Será que essa pessoa (o pródigo) não é feliz assim? Será que não passou a vida inteira aguardando por esse momento, de poder gastar tudo o que economizou? Será que é possível depreender uma falta de discernimento somente porque o seu olhar para a vida não tem o viés econômico que o sistema pretende como seguro?*”.<sup>66</sup> E mais: qual seria o *standard*, a moldura básica, de gastos de uma pessoa? Todos devem manter um mesmo padrão de gastos? É lógico que a variação de temperamentos, necessidades pessoais, opções íntimas... implicam em variação de gastos. Existem pessoas com um volume de gastos maior e outras mais econômicas e não nos parece que aquelas sejam inferiores ou menos capacitadas do que estas. Por isso, a interdição por prodigalidade afigura-se-nos muito mais como uma punição do que proteção. Até porque o que se protege na interdição do pródigo é o patrimônio, e não a pessoa (aliás, a vontade da pessoa pródiga parece ter sido completamente ignorada pelo sistema,

<sup>64</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 98.

<sup>65</sup> Chega-se, até, a afirmar que “quem tem *juízo* não dissipa bens” e, por isso, “a prodigalidade resulta de desordem das faculdades mentais, que lhe retira o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 170).

<sup>66</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. “Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter?”, op. cit., p. 184.

aviltando a sua dignidade). Em sendo assim, com base na proteção avançada da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), entendemos descabida a afirmação de que a prodigalidade implica em incapacidade. De qualquer maneira, mesmo com base no texto expresso de lei (CC, art. 4º), entendemos que a prodigalidade não diz respeito ao interesse do núcleo familiar, mas sim da *dignidade do próprio titular*. Isso porque a proteção patrimonial da família está consubstanciada na proibição de disposição da legítima, significando que aquele que possui herdeiro necessário (descendente, ascendente ou cônjuge, CC, art. 1.845) não pode dispor, gratuitamente (por testamento ou doação), de mais da metade do seu patrimônio líquido (CC, art. 549). Dessa maneira, tendo em mira a dignidade do titular e o natural direito de dispor do que é seu, é de se inferir que a incapacidade do pródigo somente será reconhecida quando os seus gastos desordenados comprometerem a si mesmo e à sua dignidade – o que tem caráter completamente excepcional. Em face do caráter restrito dessa incapacidade, uma vez interditado, não poderá o pródigo, sem assistência do curador, praticar, tão só, atos de natureza *patrimonial*, como a alienação ou oneração de bens. Poderá, por óbvio, praticar atos civis, sem cunho patrimonial, como consentir com o casamento de filho menor. O reconhecimento da prodigalidade dependerá de sentença, proferida em ação de interdição. A legitimidade para a interdição do pródigo é do seu cônjuge ou companheiro, do ascendente ou descendente, de qualquer parente e do Ministério Público. De qualquer sorte, convém registrar que a incapacidade do pródigo somente atinge a prática de atos de natureza patrimonial,<sup>67</sup> não gerando limitações aos atos de cunho existencial, como o exercício do poder familiar, o direito ao voto e o testemunho em um processo.

Repita-se que os atos jurídicos praticados pelos relativamente incapazes são passíveis de anulação (CC, art. 171, I), produzindo efeitos até que lhes sobrevenha decisão judicial (CC, arts. 171 e 172), diferentemente dos atos praticados pelos absolutamente incapazes, que são nulos de pleno direito.

É de se notar que o Código Civil, no parágrafo único do art. 4º, afastou do regime das incapacidades os índios não integrados,<sup>68</sup> antigamente chamados de silvícolas, submetendo-os à legislação especial, considerado o seu aculturamento. A norma em referência é a Lei nº 6.001/73, que reconhece aos índios os mesmos direitos outorgados à generalidade das pessoas, sem importar a sua origem, ascendência ou cultura (art. 1º, parágrafo único). A norma legal citada tem por escopo regular a situação jurídica do índio e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura, promovendo a sua integração progressiva à comunhão nacional. Vale destacar, nessa passagem, que os índios não integrados estarão sujeitos a um regime tutelar

<sup>67</sup> Vale a referência ao teor do art. 1.782 do Código de 2002: “A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.

<sup>68</sup> Nos termos do art. 3º da Lei nº 6.001/73, índio é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é intensificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.

prestado pela União, por meio da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o que revela a sua incapacidade absoluta e a consequente nulidade dos atos por eles praticados. Não será nulo, porém, o ato praticado pelo índio que demonstre um estado de consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial (Lei nº 6.001/73, art. 8º, parágrafo único).<sup>69</sup> De qualquer sorte, o índio poderá adquirir a plena capacidade, por decisão judicial, ouvido o Ministério Público, caso comprove o preenchimento dos requisitos (de duvidosa razoabilidade, se submetidos à igualdade constitucional) erigidos pelo art. 9º da Lei nº 6.001/73: (i) idade mínima de 21 anos; (ii) conhecimento da língua portuguesa; (iii) habilitação para o exercício de atividade útil; (iv) razoável compreensão dos usos e costumes nacionais.<sup>70</sup> Ademais, a proteção jurídica, em juízo ou não, da coletividade indígena (*populações indígenas como um todo*) é conferida ao Ministério Público (CF, art. 129, V). Justifica-se o tratamento protetivo, pois a própria Carta Maior (art. 231) reconheceu a organização social dos índios, bem como os seus costumes, crenças, tradições, dispensando atenção especial, principalmente no que diz respeito às terras que tradicionalmente ocupam – que, não se olvide, já lhes pertencia muito antes do “descobrimento” do nosso país pelos lusitanos.<sup>71</sup> Máxime levando em conta, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que em nosso país há mais um milhão de pessoas indígenas, com cerca de 220 povos e 180 línguas diferentes. Não se ignore, ademais, que os povos indígenas têm o direito de, livremente, decidir sobre a modificação, ou não, de sua própria cultura e do curso social a ser seguido. E, nessa tocada, também não se deve olvidar que o art. 28, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que a colocação de criança ou adolescente indígena em família substituta deve respeitar as suas tradições e culturas.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Bem por isso, a Corte Excelsa já teve oportunidade de reconhecer consequências civis e criminais para grave ato praticado por um índio cuja compreensão da gravidade do ato praticado foi observada por se tratar de funcionário da FUNAI, residindo na cidade em imóvel adquirido sem a necessidade de assistência, falando regularmente a língua portuguesa, sendo eleitor, requerendo passaporte para viagens internacionais, tendo conta-corrente em banco, habilitação para dirigir veículo automotor, além de “possuir empresa por meio da qual realiza comércio de exportação de óleo de castanha para a Inglaterra” (STF, Ac. 1ª T., HC 79.530/PA, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 16.12.1999, RT 775: 489).

<sup>70</sup> Estando integrado à comunidade nacional, “não há qualquer óbice que impeça o índio de assumir obrigações derivadas de um contrato de trabalho. Conclui-se, desse modo, que o pacto laboral celebrado com indígena isolado da comunidade nacional é nulo de pleno direito pela ausência de capacidade do sujeito”, como pontua JOSÉ CAIRO JÚNIOR. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 234.

<sup>71</sup> Merece lembrança a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do conhecido caso *Raposa Serra do Sol*, no estado de Roraima, que, corretamente, vem obstando que a força do poder econômico triunfasse sobre os interesses dos povos Macuxi. Depois de uma série de invasões de áreas indígenas por garimpeiros e fazendeiros, a União determinou, através da Portaria nº 820 do Ministério da Justiça, “a posse permanente dos índios à terra indígena Raposa Serra do Sol”. Em sede de ação popular, que impugnava a referida portaria, a Corte Suprema reconheceu os direitos indígenas para, de maneira contínua, “assentar a condição indígena da área demarcada como *Raposa Serra do Sol em sua totalidade*”, garantindo o usufruto indígena na citada área (STF, Ac. Plenário, Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 27.8.2008, *Informativo STF* 532).

<sup>72</sup> Art. 28, § 6º, Estatuto da Criança e do Adolescente: “Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I – que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II – que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III – a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de

Enfim, em nome do princípio da igualdade substancial,<sup>73</sup> consagrado repetidamente pela *Lex Legum*, é fundamental a proteção do índio.

No ponto, convém sublinhar que a maioridade civil, adquirida aos 18 anos de idade, não implica em exoneração automática da prestação alimentícia devida pelo pai ao seu filho. Em verdade, o que acontecerá, tão somente, será a mutação da natureza da obrigação alimentícia: até os 18 anos de idade, o pai presta pensão alimentícia ao filho com base no poder familiar (a partir de uma presunção da necessidade do filho); a partir dessa idade, poderá prestar os alimentos, com fundamento no parentesco, devendo o filho demonstrar a sua necessidade. De qualquer maneira, o certo é que atingir a maioridade não é causa exoneratória da pensão alimentícia. Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já deliberou que “completar a maioridade de 18 anos não significa que o filho não irá depender do pai” (STJ, REsp. 442.502/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 6.12.2004). Por isso, a exoneração depende da prova da desnecessidade do filho em receber alimentos, independentemente de sua idade.<sup>74</sup>

## 6.5 O reconhecimento das incapacidades e a ação de interdição (curatela dos interditos)

### 6.5.1 As incapacidades e a proteção da dignidade humana do interditando (a interdição em visão civil-constitucional)

É certo – e isso não se põe em dúvida – que a *capacidade jurídica é a regra*, sendo a incapacidade, conseqüentemente, excepcional. Assim, em face de seu nítido caráter de exceção, a incapacidade exige prova inconcussa, cabal.

A leitura atenta dos arts. 3º e 4º da Codificação de 2002 permite extrair a existência de dois diferentes critérios determinantes da incapacidade, um deles objetivo (o critério etário) e o outro subjetivo (o critério psicológico).

Quando se trata de incapacidade decorrente de *critério cronológico (etário)*, a situação é facilmente demonstrável, porque submetida a um requisito objetivo, qual seja, a comprovação da idade da pessoa. Comprovada a idade, naturalmente, decorrem os efeitos jurídicos da incapacidade, vinculando todos os atos praticados pelo titular.

No entanto, em se tratando de incapacidade fundada em *critério subjetivo (psicológico)*, considerando que a incapacidade é excepcional, é exigível o reconhecimento judicial da causa geradora da incapacidade, através de sentença a ser proferida em ação específica,

---

crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso”.

<sup>73</sup> Aliás, em homenagem à igualdade substancial, merecem também especial proteção, além dos povos indígenas, outras minorias étnicas, como os *quilombolas*, as *comunidades extrativistas* e as *comunidades ribeirinhas e ciganas*, de modo a preservar a pluralidade étnica e cultural da República Federativa do Brasil, atendendo à determinação constitucional.

<sup>74</sup> O Superior Tribunal de Justiça chegou mesmo a editar a Súmula 358, cimentando entendimento no sentido de que “o cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

com procedimento especial de jurisdição voluntária. É a chamada *ação de interdição* ou *curatela dos interditos*. É o típico exemplo da incapacidade dos “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (CC, art. 4º), e dos que ainda por causa transitória “não puderem exprimir sua vontade” (CC, art. 3º), que precisam ser reconhecidas pelo juiz.

Não é demais sublinhar que as hipóteses de incapacidades contempladas em lei devem ser encaradas taxativamente (*numerus clausus*), não se podendo elastecer para alcançar casos não previstos expressamente.

É preciso sublinhar, ademais, que a decisão judicial de interdição atinge, frontalmente, alguns valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa, como a liberdade e a intimidade. É por isso que afirmamos não ser possível considerar para a interdição a pura e simples existência da patologia mental. É necessário atentar que a medida judicial atinge os direitos e as garantias fundamentais e, por via oblíqua, o exercício da cidadania pelo interditado. Daí a compreensão de que toda e qualquer interdição tem de estar fundada na proteção da dignidade do próprio interditando, e não de terceiros, sejam parentes ou não.

Trilhando essas pegadas, é com base nas próprias necessidades existenciais do interditando (e não focado, tão só, nos seus interesses patrimoniais) que o juiz pode reconhecer a incapacidade de uma pessoa, privando-lhe da capacidade plena e nomeando-lhe curador.

Significa que a interdição somente é justificável, em ótica civil-constitucional, em nome das próprias necessidades do interditando. E essas necessidades “devem ser compreendidas em função de seus interesses, devendo ser respeitadas como manifestação de seu livre desenvolvimento e de vida”.<sup>75</sup>

Também é de relevo lembrar que o direito à igualdade substancial e à não discriminação, assegurados constitucionalmente, ganham cores, tons e matizes bastante nítidos quando se trata de pessoa com transtorno mental. Ao contrário do que sugere o Código Civil (que, em visão simplista, permite a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à igualdade traz a reboque o direito à *singularidade*, que não é outra coisa senão o *direito de ser diferente*.

E é com base no direito à igualdade jurídica (em especial no que tange à igualdade de exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos ao ser humano) que LUCIANA BARBOSA MUSSE sustenta que a igualdade constitucional assegura “o gozo das mesmas oportunidades concedidas aos ‘normais’ pelas pessoas com transtorno mental, em relação a qualquer dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, sejam eles individuais – vida, honra, imagem, privacidade, liberdade, propriedade – ou sociais – educação, trabalho, saúde, transporte, aposentadoria, moradia, lazer”.<sup>76</sup>

<sup>75</sup> ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição Civil*, op. cit., p. 225.

<sup>76</sup> MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito*, op. cit., p. 76.



Desse modo, merece realce a relevante possibilidade (*rectius*, necessidade) de *gradação da interdição*, devendo o magistrado, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, flexibilizar o grau de incapacidade jurídica da pessoa, ao perceber que existem elementos (mínimos que sejam) de compreensão e discernimento, em especial no que tange às situações afetivas e intelectuais. Do contrário, o juiz estaria comprometendo o exercício dos interesses existenciais do interditando no que tange à sua família, à sua sexualidade, à sua inteligência, dentre outros importantes aspectos do seu cotidiano. A depender do grau de interdição, o juiz poderia estar privando uma pessoa humana do exercício do direito ao trabalho, à educação e à liberdade, dependendo, sempre, da aquiescência de um terceiro (que pode não ter sensibilidade suficiente para perceber as necessidades pessoais de um portador de doença mental) para exercer os seus direitos fundamentais.

Demonstrando concretamente a certeza dessas assertivas, bastaria lembrar do *Mal de Alzheimer*, da *Síndrome de Down*, da *Bulimia* e da *Anorexia nervosa*, ou mesmo da surdez. Quem não conhece algum portador de *Transtornos de humor ou afetivos bipolar ou mesmo de depressão*?<sup>77</sup> Em tais hipóteses, não há como negar a ampla possibilidade de integração da pessoa com o mundo exterior por diferentes formas de comunicação e expressão de sua vontade, ingressando no mercado de trabalho ou frequentando cursos de nível superior, em um claro processo de *integração social*. Como dizer, então, que tais pessoas seriam absolutamente incapazes? É claro que, nessas hipóteses, incumbe ao magistrado, na sua sentença, graduar a incapacidade, fazendo com que a interdição incida, apenas, sobre determinados atos e situações, sem afetar o exercício dos interesses existenciais.

Em nosso país, o filme *Colegas*, de MARCELO GALVÃO, teve como protagonistas portadores da Síndrome de Down (Ariel Goldenberg, Rita Pokk, Breno Viola), chegando, inclusive, como grande vencedor do *Festival de Gramado*, obtendo o kikito de melhor filme e melhor direção de arte.<sup>78</sup>

Por outro turno, a bipolaridade e o temperamento forte são reconhecidos, inclusive, em diversas pessoas notórias, como, por exemplo, Agatha Christie, Edgar Allan Poe e Fernando Pessoa, na literatura; Cazusa, Axl Rose (da banda *Guns n' Roses*), Kurt Cobain (do *Nirvana*), Elvis Presley, Maria Callas e Janis Joplin, no âmbito musical; Robin Williams, Jim Carrey e Elizabeth Taylor, no cinema; Platão e Isaac Newton, na Filosofia; Paul Gauguin e Vincent Van Gogh, nas artes plásticas; e Ulysses Guimarães, Winston Churchill e Abraham Lincoln, na política. As características dos temperamentos fortes podem se manifestar sem transtornos. Todavia, quando estiverem acompanhadas de alterações sintomáticas de humor, oscilações entre os polos da euforia e da tristeza (podendo, inclusive,

<sup>77</sup> A título de curiosidade, os dados do Ministério da Saúde revelam que, em nosso país, a depressão atinge entre 10% e 25% das mulheres e entre 5% e 12% dos homens ao longo de suas vidas, podendo se caracterizar em nível leve, moderado ou grave, com estado de abatimento, tristeza e falta de energia, além de uma baixa estima pessoal em diferentes áreas.

<sup>78</sup> O momento mais emocionante da festa foi a subida ao palco dos três protagonistas para agradecer a premiação recebida. Um deles, inclusive, chegou a afirmar taxativamente: "Aos olhos dos homens somos downianos, aos olhos de Deus somos normais" (Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/noticias/cinema,colegas-filme-com-portadores-de-down-se-consagra-em-gramado,2650,0.htm>>).



passar por agressividade, apatia ou ansiedade), tem-se caracterizada a bipolaridade, com potencial transformação em depressão ou déficit de atenção (DDA).<sup>79</sup>

Aliás, a própria *loucura* é atemporal e aespacial. Varia no tempo e no espaço, de acordo com a cultura, a crença religiosa, o interesse pessoal e coletivo e o desconforto social que implicava. Historicamente, há um *apartheid* entre a loucura e a razão. Uma paixão desenfreada, um excesso de caridade com terceiros ou a ausência de sensatez para deliberar sobre questões patrimoniais, historicamente, são tratadas como loucura e, nesse passo, o ordenamento jurídico, sem considerar a subjetividade e a impossibilidade de precisão conceitual, vem reconhecendo como causas incapacitantes. Como não lembrar de MACHADO DE ASSIS e do personagem Simão Bacamarte do seu *O Alienista*, publicado originariamente em 1881: “Suponho o espírito humano uma vasta concha, o meu fim, Sr. Soares, é ver se posso extrair a pérola, que é a razão; por outros termos, demarquemos definitivamente, os limites da razão e da loucura. A razão é o perfeito equilíbrio de todas as faculdades, fora daí insânia, insânia e insânia”.<sup>80</sup> A leitura da obra acima revela que a loucura pode ser encontrada em diferentes situações aparentemente normais, como se nota do trecho em que Simão Bacamarte fala da própria esposa. Segundo Simão, a sua esposa passou a apresentar comportamentos estranhos, estando muito preocupada com padrões ligados à moda, inclusive chegando a perder o sono escolhendo um colar que combinasse com o vestido que iria usar em um jantar, acompanhando o marido.

Cabe um questionamento sobre a efetiva existência de uma fronteira entre a razão e a loucura. É preciso realçar a impossibilidade de precisar os contornos da razão para que não se afronte a dignidade da pessoa no processo de interdição.

A síntese da situação é facilmente percebida: é preciso compatibilizar a interdição com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas consequências econômicas da interdição.

Até porque “um delirante (paranoico, psicótico...) não está impedido de gerir seus próprios negócios, ou pelo menos conduzir-se, por si mesmo, em seus atos da vida civil”, como realça RODRIGO DA CUNHA PEREIRA.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Os dados são coletados da excelente obra de Diogo LARA. *Temperamento forte e bipolaridade: dominando os altos e baixos do humor*. Porto Alegre: Revolução de Ideias, 2004. Estão, também, disponíveis em <<http://www.bipolaridade.com.br/livro>>.

<sup>80</sup> *O alienista* é, sem dúvida, clássico da literatura brasileira. A história, passada no século XIX, retrata a burguesia hipócrita da época, através da narrativa da conduta do médico Simão Bacamarte, que desenvolve teorias a respeito do tratamento da loucura, com o conhecimento adquirido na Europa. Um irônico Machado de Assis mostra a hipocrisia do ser humano, almejando o seu próprio prestígio. O médico obtém da Câmara de Vereadores uma verba para fundar a “*Casa de Orates*”, ou “*Casa Verde*”, uma espécie de hospício, onde o médico estuda os limites entre a razão e a loucura, convencendo as autoridades e a população de que estudar esse mal era tendência na Europa. Fica, então, a cidade à sua revelia, a quem competia julgar quais eram os loucos da cidade. Nesse passo, vai internando, um a um, os verdadeiramente doentes que até então eram tratados e cuidados em casa pelos familiares. Resolve que os honestos e os justos eram também loucos. Chega ao ponto de internar quase toda a cidade.

<sup>81</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 395.

## 6.5.2 A ação de interdição (curatela dos interditos)

### a) Generalidades

A incapacidade decorrente de causa psicológica reclama reconhecimento pela via judicial, através de uma ação de interdição – também chamada de curatela dos interditos.

Com ELPÍDIO DONIZETTI, “dá-se o nome de interdição ao procedimento judicial, de jurisdição voluntária, através do qual se investiga e se declara a incapacidade de pessoa maior (portadora de anomalia psíquica ou prodigalidade, surdo-mudo sem educação que o habilite a enunciar sua vontade e toxicômanos), para o fim de ser representada ou assistida por curador”.<sup>82</sup>

Tomando posição em meio a divergências doutrinárias, o Código de Processo Civil, no art. 1.177 e seguintes, optou por reconhecer o procedimento da ação de interdição como um *procedimento especial de jurisdição voluntária*. Esse procedimento, em face da especial natureza da ação, tem peculiaridades, de modo a resguardar a proteção da dignidade da pessoa que se reputa incapaz, culminando na prolação de uma sentença, reconhecendo a existência de uma situação jurídica que ocasiona a incapacidade jurídica, conforme previsão da Lei Civil. Poderá o juiz, inclusive, estabelecer, em sua decisão, uma gradação da incapacidade, indicando se a interdição é total ou parcial.

O procedimento de interdição é aplicável, genericamente, a todos os casos de incapacidade por causa psíquica (não etária), reclamando, por vezes, especificidades, como na hipótese de interdição do pródigo ou do viciado em substância entorpecente.

### b) A legitimidade para promover a ação de interdição

A ação de interdição pode ser manejada *pelo pai ou pela mãe, pelo tutor, pelo cônjuge* (desde que não esteja separado ou divorciado) *ou por qualquer parente*,<sup>83</sup> consoante rol emanado do art. 1.768 do Texto Codificado e do art. 1.177 do Código de Processo Civil. Apesar do indevido silêncio da legislação, afigura-se-nos indubitosa a legitimação do companheiro para requerer a interdição, a partir de uma interpretação construtiva, sustentada na ótica civil-constitucional.<sup>84</sup>

Também está legitimado o Ministério Público (CC, art. 1.768, III), podendo promover a ação de interdição nos casos de anomalia psíquica, inexistência ou inércia das pessoas legitimadas ou na hipótese de os legitimados serem menores ou incapazes. Não há dúvidas, portanto, que o *Parquet* pode promover a ação de interdição com amplitude, em qualquer hipótese incapacitante. Com essa ampla legitimidade, inclusive, é de se reconhecer a legitimidade ministerial para promover a ação de interdição do pródigo, em face da compreensão de que a proteção do patrimônio mínimo da pessoa humana é materialização do direito ao *mínimo existencial*, verdadeira projeção da afirmação da

<sup>82</sup> DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 1089.

<sup>83</sup> Incluem-se, aqui, no conceito de parentes, além dos descendentes e ascendentes, os colaterais até o quarto grau – como o irmão, o tio, o sobrinho, o primo e o tio-avô – e os parentes por afinidade, como o sogro, o genro e o cunhado.

<sup>84</sup> Com o mesmo raciocínio, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, op. cit., p. 965.

dignidade do homem.<sup>85</sup> Corroborando dessa posição, CARLOS ROBERTO GONÇALVES manifesta-se a favor da legitimidade ministerial, percebendo que tal legitimidade “decorre de sua posição de defensor dos interesses dos incapazes, visto que a interdição do pródigo visa agora protegê-lo, e de defensor dos interesses da sociedade e do Estado”.<sup>86</sup>

A enumeração legal dos legitimados é taxativa, mas não obedece a uma ordem preferencial.

Dessa maneira, terceiros (como os dirigentes ou profissionais do estabelecimento de saúde onde está internado o interditando) não possuem legitimidade para promover a demanda. Nesse caso, devem representar ao Ministério Público para que acione a via jurisdicional, na defesa dos interesses do suposto incapaz.

### c) A competência

Apesar de ligeiras discussões em seio doutrinário acerca da competência nos procedimentos de jurisdição voluntária, prevaleceu o entendimento de que compete ao juízo do lugar do domicílio ou residência do interditando processar e julgar a ação de interdição.

Justifica-se a fixação da competência no domicílio ou residência do interditando por motivos diversos, dentre os quais a natureza protetiva da interdição, sendo recomendável que o processo tramite no lugar onde reside o próprio interditando, inclusive para facilitar a colheita de provas, a realização de seu interrogatório e a realização da própria perícia médica obrigatória.<sup>87</sup>

Essa regra (da competência do local do domicílio do interditando) serve, também, para a interdição de criança ou adolescente, concretizando o comando do art. 147 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Seria a hipótese de um menor impúbere que sofre de patologia mental que lhe retira, inteiramente, a compreensão e discernimento.<sup>88</sup>

Trata-se de regra de competência territorial e, por conseguinte, relativa, não sendo possível ao juiz, de ofício, reconhecer a incompetência porque aos interessados é reconhecido o direito de prorrogar a competência, promovendo a ação em outro lugar.<sup>89</sup>

No plano da divisão interna de competência, caberá à leis de organização judiciárias fixar a competência de juízo. Em alguns estados da federação, a competência é da vara de família e, noutros, é da vara de órfãos e sucessões.

<sup>85</sup> Também aplaude a ampla legitimação do Ministério Público para a ação de interdição, FREDIE DIDIER JÚNIOR. *Regras processuais no novo Código Civil*, cit., p. 130 ss.

<sup>86</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 98.

<sup>87</sup> O pensamento é compartilhado por EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO. *A interdição no direito brasileiro*, op. cit., p. 49.

<sup>88</sup> A jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de interdição do relativamente incapaz que padece de doença mental que lhe priva, integralmente, da consciência e do discernimento. Veja-se ilustrativamente: “Curatela. Menor relativamente incapaz. Possibilidade jurídica. Trâmite. Há possibilidade jurídica do pedido de interdição de menor relativamente incapaz e consequente nomeação de curador ao interdito, seguindo os trâmites previstos pelos arts. 1.181 e seguintes do Código de Processo Civil” (TJ/PR, Ac.10051, Ap. Cív. 6135200, Rel. Des. Mendonça de Anunciação, j. 25.10.1994).

<sup>89</sup> Veja-se, a respeito, a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

#### d) O procedimento especial da ação de interdição

O pedido de interdição deverá ser formulado por meio de *petição inicial*, comprovando-se a legitimidade do autor e especificando os fatos que revelem a anomalia psíquica incapacitante, como exige o art. 1.180 do Código de Processo Civil, sem prejuízo do atendimento aos requisitos gerais da petição inicial indicados no art. 282 do mesmo *Codex*.

Despachada a petição inicial, o juiz designará *audiência para interrogar o interditando*, minuciosamente, com o propósito de verificar, pessoalmente, as suas condições de higidez mental. Para a audiência de interrogatório deverá, naturalmente, ser intimado o representante do Ministério Público, sob pena de nulidade processual. Na hipótese de impossibilidade de comparecimento do interditando à sede do juízo para o interrogatório (exemplificativamente, por estar internado em estabelecimento especializado ou no hospital), o magistrado deverá comparecer ao local onde ele estiver para realizar o interrogatório. Nota-se, pois, que o interrogatório é ato processual obrigatório, tendo de ser realizado por mais notória que seja a incapacidade, sob pena de comprometimento da validade do processo.

Vamos mais longe. Entendemos que, em face da relevância da interdição, que implica em retirada da capacidade jurídica plena de uma pessoa, o interrogatório do suposto incapaz não apenas é obrigatório. Em verdade, deve ser realizado com diligência e cuidado, devendo o juiz, se possível, estar assistido por especialistas (médicos, por exemplo) e pela própria família do interditando.<sup>90</sup>

Após a realização de interrogatório, inicia-se o prazo de cinco dias para a *impugnação do pedido de interdição pelo interditando*. O prazo tem fluência a partir do primeiro dia útil subsequente ao interrogatório. Todavia, nada impede – ao contrário, tudo recomenda – que seja recebida a defesa promovida extemporaneamente, até mesmo em respeito à peculiar natureza do procedimento.<sup>91</sup> É o momento em que o suposto incapaz poderá promover a sua defesa, apresentando contestação e as mais diversas impugnações. Vem reconhecendo a jurisprudência, nessa tocada, que o interditando “tem não apenas interesse, mas também o direito de provar que pode gerir sua própria vida, administrar seus bens e exercer sua profissão” (STJ, Ac. 3ª T., RMS 22.679/RS, Rel. Min. Sidnei Benetti, j. 25.3.2008, DJU 11.4.2008). É certo, no entanto, que em se tratando de pessoa, realmente, incapacitada, muito provavelmente, não será promovida defesa, frustrando o devido processo legal. Por isso, não havendo defesa pelo próprio interditando, a legislação (CPC, art. 1.182, § 1º; CC, art. 1.770) incumbe o Ministério Público de promover

<sup>90</sup> Com idêntico entendimento, há precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A interdição segue procedimento específico e não tendo sido observado o devido processo legal, configura-se o cerceamento de defesa, com efetivação de interrogatório deficiente, sem ajuda de especialistas ou da família para obtenção de resultado e sem esclarecimento se poderia ser respondido por escrito” (TJ/MG, Ac. 1ª Câ. Cív., Ap. Cív. 1.0056.04.075679-5/001 – Comarca de Barbacena, Rel. Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 7.8.2007, DJMG 29.8.2007).

<sup>91</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO advogam a possibilidade de ser recebida a defesa fora do prazo legal, “dada a gravidade da decretação da interdição da pessoa” (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, op. cit., p. 967).

a sua defesa ou um curador especial designado pelo juiz quando a ação tiver sido promovida pelo *Parquet*.

A matéria, entretanto, precisa ser compreendida à luz da norma constitucional e das normas infraconstitucionais específicas, regulamentadoras da organização interna do Ministério Público e da Defensoria Pública. Assim, releva destacar, a partir da compreensão das atividades constitucionalmente conferidas à Instituição (CF, arts. 127 a 129), não mais se afigurar, dentre as funções do Promotor de Justiça, a atuação como representante judicial do incapaz (curador especial), vedando-se que assuma a defesa dos seus interesses, ao contrário do que afirmam os arts. 1.770 da Lei Civil e 1.182, § 1º, do Código Adjetivo Civil. Até porque o art. 4º, VI, da Lei Complementar nº 80/94 – Lei Orgânica da Defensoria Pública, atribuiu, expressamente, as funções de curadoria especial à Defensoria Pública ou, onde não houver, a qualquer advogado nomeado pelo juiz para tanto. Veja-se: “O Diploma Legal em foco destaca a atuação na qualidade de curador especial como uma das funções institucionais da Defensoria Pública, o que conduz à consideração de que nas unidades federadas onde houver Defensoria Pública legalmente organizada e instalada, a função de curador especial não mais deve caber ao órgão do Ministério Público”.<sup>92</sup> Nessa linha de entendimento, a atuação do Ministério Público na ação de interdição – que não foi por ele proposta – será como fiscal da lei (CPC, art. 82, II), atuando com o fito de que se obtenha a constituição de uma decisão judicial justa e em conformidade com o ordenamento jurídico, mas não promovendo, em nenhuma hipótese (até por conta de vedação constitucional), a defesa do interditando.<sup>93</sup> Em sendo assim, estando em rota de colisão com a feição constitucional do *Parquet*, conclui-se que o § 1º do art. 1.182 do Código de Processo Civil *não foi recepcionado* pela Constituição Federal, enquanto o art. 1.770 do Código Civil é de flagrante inconstitucionalidade nesse particular.

Seguindo o rito procedimental da interdição, vale lembrar que, após a defesa do interditando, a legislação brasileira, corretamente, exige a realização de perícia obrigatória, com o desiderato de bem instruir o procedimento. Nesse particular, inclusive, inova a Codificação de 2002 exigindo que o juiz realize inspeção pessoal, acompanhado de especialista. É o que dispõe o art. 1.771:

Art. 1.771, Código Civil:

“Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade”.

Será facultado, inclusive, aos interessados (ao próprio interditando e ao requerente) a indicação de assistente técnico para acompanhar a perícia (CPC, art. 421, § 1º, I).

<sup>92</sup> DANTAS, Raimundo Nonato de Alencar; DANTAS NETO, Afonso Tavares. *Curatela*, op. cit., p. 67-68.

<sup>93</sup> Outra não é a conclusão de ELPÍDIO DONIZETTI: “A despeito de o art. 1.182 falar em representação, na verdade, a hipótese de atuação do Ministério Público é de *custos legis*. É que a nova ordem constitucional veda qualquer atuação do órgão ministerial como representante de parte. Assim, quando não for o Ministério Público o requerente da interdição, funcionará como *custos legis*” (*Curso Didático de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 1091).

Chama a atenção a expressão *assistido por especialistas*, utilizada no plural, pelo dispositivo legal. É que a compreensão precisa da eventual incapacidade mental reclama, de fato, a realização de laudo pericial por equipe multidisciplinar, composta não somente por médicos, mas, também, por psicólogos e assistentes sociais. Juntos, os diferentes profissionais têm condição de apresentar um laudo seguro sobre a capacidade e os limites da responsabilidade do interditando, com o propósito de embasar a decisão judicial.

Após a realização da perícia (realizada, preferencialmente, por equipe multidisciplinar, repita-se), será ouvido o Promotor de Justiça, como fiscal da lei, podendo se manifestar livremente, contra ou a favor da interdição, através de pronunciamento fundamentado.

É possível, no momento de propositura da petição inicial da ação de interdição ou mesmo no curso do procedimento, a concessão de *tutela antecipatória*, requerendo o interessado, de logo, a obtenção de efeitos jurídicos futuros, como a nomeação de curador provisório para a prática de atos de urgência. A concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional na ação de interdição submete-se aos mesmos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, como a verossimilhança das alegações, a prova inequívoca e o perigo da demora.<sup>94</sup>

Outrossim, verifica-se a possibilidade de intervenção de terceiros na ação de interdição, através, por exemplo, de assistência. Explica EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO que “por circunstâncias várias, pode haver terceiros interessados na decretação ou não da interdição ou, ainda, que a nomeação do curador aos supostos incapazes recaia ou não sobre qualquer daqueles legitimados ativos[...] No juízo da Vara de Família tive ocasião, em diversas oportunidades, de admitir o pedido de assistência (na interdição). Um, de antigo procurador da interditanda, que já no juízo cível noticiara sua anomalia psíquica para a ressalva de sua atuação como mandatário”.<sup>95</sup>

Em seguida, será prolatada a sentença pelo juiz.

Registramos, no ponto, expressamente, a nossa firme posição no sentido de que a sentença somente deve julgar procedente o pedido de interdição, reconhecendo a incapacidade, quando houver prova cabal e suficiente da falta de compreensão, total ou parcial, da pessoa. Se a capacidade é regra e a incapacidade é excepcional, a sentença reclama prova irrefutável.

Através do procedimento de interdição, o magistrado precisa colher elementos que permitam estabelecer, em cada caso concreto, as latitudes e longitudes da consciência e da possibilidade de autodeterminação da pessoa humana e, com isso, reconhecer os atos para os quais haveria um arrefecimento da plena capacidade. E para tanto, como

<sup>94</sup> Nesse diapasão está a orientação jurisprudencial: “Considerando que o decreto de interdição é medida que retira do interditando a capacidade de praticar atos da vida civil, dependendo de novo processo judicial para ser levantada, somente havendo plena convicção acerca da incapacidade é que se autoriza a antecipação de tutela” (TJ/RS, Ac. 7ª Câ. Civ., Agr. Instr. 70011519832 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.7.2005).

<sup>95</sup> SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A Interdição no Direito Brasileiro*, op. cit., p. 76.



destaca RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, é preciso “verificar sua estrutura de personalidade, seu raciocínio, atuação e comportamento em suas relações sociais”.<sup>96</sup>

Ademais, considerando que o art. 1º da Lei nº 10.216/01 garante a isonomia às pessoas portadoras de transtorno mental, concretizando a igualdade constitucional, impede-se qualquer discriminação jurídica em razão de sua condição mental. Assim, a decisão deve estabelecer uma *gradação* à incapacidade jurídica, indicando quais são os atos jurídicos excepcionados ao incapaz. Até porque, não se esqueça, ele tem o direito de *ser diferente*, não podendo ser excluído do exercício de nenhum direito fundamental, sob pena de discriminação.<sup>97</sup> Daí por que o magistrado tem o importante papel de analisar o grau de comprometimento do discernimento mental para adotar as providências necessárias à proteção de sua dignidade, afastando-se a (falsa) ideia de que a simples interdição já lhe é protetiva, por conferir um direito ao benefício previdenciário, que será administrado pelo curador nomeado.

Tanto deve ser assim que o direito germânico, em 1992, promoveu a substituição da expressão *curatela* por *Betreuung*, que, em tradução para o vernáculo, tem o sentido de *orientação*.

#### e) A sentença da ação de interdição

A sentença de interdição tem natureza declaratória<sup>98</sup> (CC, art. 1.773) – logo não é o decreto judicial que cria a incapacidade,<sup>99</sup> decorrendo esta de uma situação psíquica antes existente e apenas reconhecida em juízo. Precisa, por sinal, é a lição de DANIEL EDUARDO CARNACCHIONI sobre o tema: “Não é a sentença de interdição que incapacita a pessoa para os atos da vida civil e sim o fato ou a causa determinante prevista em lei”.<sup>100</sup> Aponte-se, de qualquer modo, que há parcela doutrinária, em especial no âmbito do Direito Processual Civil, que vislumbra caráter constitutivo negativo (desconstitutivo) na decisão judicial que reconhece a interdição. Para essa parcela dos doutos, a sentença declaratória somente poderá reconhecer fatos que já existem juridicamente, o que não seria o caso da interdição.<sup>101</sup>

Não mais vigora a regra do *homo medio*, no sentido de que existiria um *padrão básico, standard*, de comportamento mental e, por isso, quem dele se afastar seria incapaz. Assim, deve o magistrado reconhecer o direito à diferença, levando em conta as peculiaridades mentais de cada pessoa.

<sup>96</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 404.

<sup>97</sup> A *Carta de Princípios para a Proteção da Pessoa Acometida de Transtornos Mentais – Resolução no 46 da ONU* estabelece: “§ 4º Não haverá discriminação sob pretexto de um transtorno mental. ‘Discriminação’ significa qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou dificultar o desfrute igualitário de direitos. Medidas especiais com a única finalidade de proteger os direitos ou garantir o desenvolvimento de pessoas com problemas de saúde mental não serão consideradas discriminatórias”.

<sup>98</sup> Concordando com essa assertiva, faça-se menção a FÁBIO ULHOA COELHO, para quem a incapacidade “decorre da caracterização dos fatos previstos em lei e é apenas declarada pelo juiz, no processo de interdição” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 176).

<sup>99</sup> Nesse sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 173.

<sup>100</sup> CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 99.

<sup>101</sup> Veja-se, a respeito, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, op. cit., p. 963.



Admite-se que a sentença estabeleça uma gradação da incapacidade jurídica (CC, art. 1.772), reconhecendo diferentes graus de incapacidade (absoluta ou relativa), a depender dos elementos probatórios colhidos no procedimento e independentemente do pedido formulado pelo autor. Mesmo que o autor tenha requerido o reconhecimento de uma incapacidade absoluta, o juiz pode reconhecê-la como relativa e vice-versa.

Aliás, o estabelecimento do *grau de incapacidade* é ponto relevantíssimo da sentença, sendo o momento em que o juiz observará o alcance do comprometimento mental do interditando, procurando assegurar que ele mesmo, pessoalmente, possa continuar, se possível, exercendo os seus interesses existenciais, referentes à sua sexualidade ou liberdade de ir e vir, por exemplo.

Sem dúvida, a estrutura da personalidade humana e as suas múltiplas facetas podem implicar no surgimento de uma falta de discernimento ou de uma doença mental potencializada, controlada ou descontrolada em diferentes momentos – o que, é claro, não implica em perda completa da capacidade jurídica e invalidade dos atos jurídicos dessas pessoas. Por isso, o juiz deve observar, em cada processo, quais são os atos comprometidos, preservando a dignidade da pessoa, ao reconhecer-lhe a plena capacidade para os demais atos e para o exercício de seus direitos fundamentais.

Ponto de grande interesse prático, relativo à sentença de interdição, é a impossibilidade de retirada do direito ao voto do incapaz. Ao contrário do que insinua o art. 6º do Código Eleitoral, a Constituição Federal, em seu art. 14, § 1º, II, facultou o voto, apenas, aos analfabetos, aos maiores de 70 anos e aos maiores de 16 e menores de 18 anos de idade. Assim, *a contrario sensu*, é obrigatório o voto do incapaz por transtorno mental. Todavia, a melhor interpretação da matéria, sem dúvida, é no sentido de que o alistamento e voto do incapaz mentalmente devem ser *facultativos*. Nesse diapasão, o Tribunal Superior Eleitoral (Resolução TSE nº 21.920, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 3.8.2004) houve por bem entender como *facultativos* o alistamento e voto dos cidadãos portadores de deficiências que impossibilitem ou tornem extremamente oneroso o exercício das obrigações eleitorais. De qualquer sorte, é fácil perceber que a sentença de interdição *não pode determinar a suspensão do direito à cidadania do incapaz, com a retirada de seu direito ao voto*.<sup>102</sup>

A sentença de interdição tem de nomear um curador para zelar pelos interesses do incapaz, sendo, preferencialmente, o seu cônjuge ou companheiro ou o seu parente mais próximo (ascendente, descendente ou colateral), devendo se averiguar quem reúne as melhores condições para a preservação dos interesses do incapaz.<sup>103</sup> Entendemos possível a nomeação, como curador, de terceiros que demonstrem compatibilidade com o múnus e revelem uma relação de afinidade com o incapaz. É o exemplo de alguém ligado ao estabelecimento de saúde onde o interditando está internado. Nesse caso, basta ao juiz justificar a nomeação.

<sup>102</sup> No que diz respeito às pessoas que cumprem medida de segurança, a suspensão do direito ao voto está prevista no art. 154, § 2º, da Lei de Execuções Penais, e, naturalmente, é de duvidosa constitucionalidade.

<sup>103</sup> O Código Civil de 2002, com o propósito de facilitar a concessão de interdições, dispensou a especialização da hipoteca legal dos bens do curador (art. 1.489), antes exigida para a interdição, revogando, tacitamente, os arts. 1.188 a 1.191 do Código de Processo Civil.

Contra a sentença que reconheceu a interdição cabe a interposição de recurso de apelação, que será recebido no efeito meramente devolutivo (CC, art. 1.773), permitindo, assim, que os efeitos da decisão se projetem de logo, o que garante a proteção do incapaz. O recurso pode ser interposto pelo interditando, pelo seu curador especial (de ordinário, o Defensor Público), pelo Ministério Público enquanto *custos legis*<sup>104</sup> e pelo terceiro interessado.

Apesar de a sentença de interdição produzir efeitos *ex nunc*, não retroativos, não se pode ignorar que a suspensão do prazo prescricional que prejudica o absolutamente incapaz, determinada pelo art. 198, I, do Código Civil, se opera no momento em que se manifestou a causa da interdição, anteriormente, portanto, à data da decisão judicial. Desse modo, “conquanto a sentença de interdição tenha sido proferida em data posterior ao decurso do prazo prescricional, a suspensão deste prazo ocorre no momento em que se manifestou a incapacidade mental do indivíduo” (STJ, Ac. 5ª T., REsp. 652.837/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.5.2007, DJU 29.6.2007, p. 692).

#### f) *Levantamento da interdição*

Há mecanismo jurídico para que o interditado recupere a sua plena capacidade jurídica. Assim, considerando que a causa de incapacidade psíquica que resultou na interdição de uma pessoa poderá, a qualquer tempo, cessar, o Código de Processo Civil, em seu art. 1.186, estabelece a possibilidade de *levantamento da interdição*.

Caberá a qualquer interessado (o próprio interditado, o seu cônjuge ou companheiro, o seu parente...), através de advogado ou de Defensor Público, ou ao Ministério Público promover o pedido de levantamento de interdição, dirigido ao mesmo juízo que reconheceu a incapacidade anteriormente, devendo ser apensado aos autos do processo originário.

Mais uma vez, é necessária a realização de perícia médica obrigatória, consistente em exame de sanidade no interditado, com o propósito de aferir a cessação, ou não, da causa incapacitante.

Em seguida, o juiz designará a realização de prova oral, com ouvida do interditado e de testemunhas, se preciso, e, após a audição do Ministério Público, decidirá. A sentença de levantamento da interdição tem de ser publicada e averbada na forma dos arts. 1.186 do Código Instrumental e 104 da Lei de Registros Públicos.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a interposição de recurso, enquanto fiscal da lei, mesmo que as partes não o façam, veja-se a Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

<sup>105</sup> O procedimento de reabilitação do interditado (levantamento da interdição) é assim resumido por RAIMUNDO NONATO DE ALENCAR DANTAS e AFFONSO TAVARES DANTAS NETO: “1. petição inicial (apensa aos autos principais), indicando a cessação da causa; 2. interrogatório (exame pessoal relevante); 3. intervenção do Ministério Público; 4. nomeação de perito (exame pericial e entrega dos laudos); 5. audiência de instrução e julgamento; 6. acolhido o pedido, o juiz decreta o levantamento da interdição. 7. averbação no Registro Civil das Pessoas Naturais” (*Curatela*, op. cit., p. 108).

### 6.5.3 A validade dos atos praticados pelo incapaz antes da decisão de interdição

Questão que suscita intensos debates refere-se aos atos praticados pelo interditado antes do decreto de interdição.

É certo que a sentença de procedência do pedido de interdição produz efeitos não retroativos (*ex nunc*) e imediatos, mesmo na hipótese de interposição de recurso.<sup>106</sup> Com isso, em linha de princípio, os atos praticados pelo incapaz, antes da sentença, são válidos.

Bem por isso, com o fito de preservar o princípio basilar da boa-fé, tem-se reconhecido proteção ao terceiro que, de boa-fé, negocia com o interditado, dès que não seja visível a incapacidade e não cause prejuízo ao incapaz. Por isso, somente será reputado inválido o negócio celebrado pelo incapaz “se era notório o estado de loucura, isto é, de conhecimento público geral”,<sup>107</sup> ou se lhe causar prejuízo.

Com esse raciocínio, RAFAEL GARCIA RODRIGUES assevera ser “correta e justa a validação do ato praticado pelo alienado desde que o terceiro que com ele contratou estivesse de boa-fé”.<sup>108</sup>

Essa é também a posição patrocinada pelos nossos Pretórios:

“Para resguardo da boa-fé de terceiros e segurança do comércio jurídico, o reconhecimento da nulidade dos atos praticados anteriormente à sentença de interdição reclama prova inequívoca, robusta e convincente da incapacidade do contratante” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 9077/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.2.1992, *DJU* 30.3.1992, p. 3992).

Portanto, seguindo a linha de raciocínio apresentada, o negócio jurídico celebrado antes da sentença de interdição deve ser avaliado quanto ao seu proveito para o interditado e à boa-fé (subjativa) do contratante. Se o negócio praticado é nocivo aos interesses do incapaz, ou se a outra parte tinha conhecimento (ou deveria ter) de tal condição, o negócio pode ser invalidado, reputando-se nulo ou anulável, a depender do grau de incapacidade.

## 6.6 Crítica ao sistema de incapacidades do Código Civil

Conclua-se esse ponto com uma oportuna crítica centrada na justificativa do legislador de que a proteção ao incapaz é fruto de sua falta de discernimento para administrar pessoalmente os seus “interesses”, tomando o conceito em sentido patrimonial.

<sup>106</sup> “A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, tem efeito *ex nunc*” (STJ, Ac. 5ª T., REsp. 550.615/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.11.2006).

<sup>107</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*: parte Geral, op. cit., p. 39.

<sup>108</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, op. cit., p. 17.

Veja-se que os exemplos emprestados pela doutrina clássica sempre gravitaram em torno da proteção patrimonial, olvidando outras perspectivas.<sup>109</sup> Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse esse o seu valor preponderante. “O Código Civil ainda mantém essa visão patrimonialista para justificar a restrição de poder para algumas pessoas poderem atuar na vida jurídica, manifestando ou exteriorizando, pessoalmente, a sua própria vontade”, como ressalta DANIEL EDUARDO CARNACCIONI.<sup>110</sup>

Por isso, apresenta-se imperioso repensar o regime das incapacidades, “especialmente quando estiverem em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo”, na pertinente observação de RAFAEL GARCIA RODRIGUES.<sup>111</sup>

É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais.

Daí a necessidade premente de dedicar-se proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela *é*, e não pela ótica do que ela *tem*.

Com isso, é preciso um compromisso do jurista do novo tempo com o instituto da *interdição*, de modo a compreendê-lo como um instituto de proteção da pessoa incapaz, promocional de sua dignidade. Não se podendo pensar que a simples decretação da interdição, por si só, já é suficiente para proteger o incapaz. Ao revés, deve o juiz reconhecer a possibilidade do exercício de determinadas situações, fundamentalmente existenciais, pelo incapaz, garantindo os seus direitos e a sua cidadania.

## 7

### A CESSAÇÃO DA INCAPACIDADE E A EMANCIPAÇÃO

Como regra, a *incapacidade* cessa com o fim da causa que lhe determinou (ou seja, pelo desaparecimento da doença mental que afetava a pessoa) ou com a aquisição da maioridade civil, o que ocorre aos 18 anos de idade.<sup>112</sup>

Uma vez constatada uma dessas situações, opera-se a aquisição da *plena capacidade jurídica*, cessando a situação de incapacidade e autorizando-se o titular à prática, pessoal, de todo e qualquer ato jurídico.

<sup>109</sup> SÍLVIO RODRIGUES, por exemplo, menciona a hipótese do incapaz que vende uma propriedade, sendo nula e desprovida de efeitos a sua manifestação de vontade. Cf. *Direito Civil*, op. cit., p. 41.

<sup>110</sup> CARNACCIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 89.

<sup>111</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, op. cit., p. 25.

<sup>112</sup> Não é demais lembrar que se completam 18 anos de idade no primeiro instante da data de aniversário da pessoa, pouco interessando a hora em que, efetivamente, veio a nascer.

Nos casos de incapacidade por causa psíquica, desaparecendo a causa incapacitante, deve o próprio interditado, o interessado ou o Ministério Público requerer ao juiz o *levantamento da interdição*, conforme as regras do art. 1.186 do Código de Processo Civil.<sup>113</sup> É o que ocorre no caso da incapacidade dos *excepcionais sem o desenvolvimento mental completo* ou daquele que, *mesmo por causa transitória, não puder exprimir vontade*. Comprovada, pericialmente, a cessação da incapacidade mental, o juiz, então, levantará a interdição. O art. 104 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, inclusive, determina que a decisão que levantar a interdição deve ser averbada.

Por evidente, se a pessoa, mesmo acometida de alguma patologia psíquica, não teve reconhecida, judicialmente, a sua incapacidade, não há necessidade de levantamento de sua interdição, uma vez que, sequer, poder-se-ia falar em incapacidade jurídica.

Noutra quadra, quando o término da incapacidade decorrer da aquisição da maioridade civil, aos 18 anos de idade, nenhum ato judicial é exigido, adquirindo-se a plena capacidade automaticamente. Presume a legislação que, aos 18 anos de idade, a pessoa já tem o discernimento necessário para responder pelos próprios atos, por conta da facilidade de acesso às informações e ao conhecimento no mundo contemporâneo.

Assim, em nosso sistema jurídico, aos 18 anos de idade cessa a incapacidade e, via de consequência, a pessoa passa a responder civilmente pelos seus atos, sem qualquer assistência de seu representante.

Essa situação, porém, pode trazer, a nível concreto, enormes inconvenientes. Bastaria imaginar a hipótese de um jovem com 20 anos de idade, ainda estudante, mantido, integralmente (alimentação, moradia, saúde, educação, cultura, lazer...), pelos pais que vier a causar um prejuízo a um terceiro. Nessa hipótese, mesmo considerando que os pais mantêm integralmente o filho, os pais *não respondem* pelo dano ocasionado. Por certo, sendo os pais conscienciosos e tendo condições, ressarciriam os prejuízos da vítima, todavia, se trataria de mera liberalidade, não imposta pela lei. Isto é, não se trata de uma obrigação. A situação ganha dramaticidade quando se imagina tratar-se de família de razoável luxo, cujo filho, já maior de idade, mas ainda mantido integralmente pelos pais, causa dano a um terceiro de baixa renda, comprometendo-lhe a própria subsistência. De nossa parte, apesar da ausência de previsão legal de responsabilização dos pais, entendemos que a solução estaria em reconhecer a responsabilidade dos pais com base no princípio constitucional da *solidariedade social* e na teoria do risco, consagrada pelo parágrafo único do art. 927 da Codificação de 2002. Desse modo, inclusive, resguarda-se a dignidade da vítima.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> CPC, art. 1.186: “Levantar-se-á a interdição, cessando a causa que a determinou. § 1º O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditado e será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade no interditado e após a apresentação do laudo designará audiência de instrução e julgamento. § 2º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais”.

<sup>114</sup> Com a mesma argumentação, FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO vai mais longe, propondo uma “responsabilidade solidária dos pais nessas hipóteses, com a garantia, porém, do direito de regresso”. E desfecha: “Os pais respondem, assegurando-se-lhes, no entanto, a ação regressiva contra os filhos maiores, tal como ocorre nas demais hipóteses de responsabilidade pelo ato de outrem” (*Responsabilidade civil*, op. cit., p. 163).

Cogitando, hipoteticamente, que, ao alcançar a maioridade civil, aos 18 anos de idade, a pessoa sofre de alguma patologia mental que lhe retira ou compromete o discernimento, será imprescindível a propositura da ação de interdição para que o juiz, à luz do exame médico obrigatório, possa reconhecer a incapacidade. Daí, inclusive, a possibilidade de interdição antes mesmo da maioridade civil, para que o incapaz esteja integralmente protegido.

De qualquer modo, apesar de cessar a incapacidade da pessoa aos 18 anos de idade, ela não perderá a qualidade de *dependente para fins previdenciários*, pois o art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, que especificamente trata da matéria, estabelece a dependência até os 21 anos de idade, afastando a incidência da norma geral.<sup>115</sup>

Ao lado de tais hipóteses de término da incapacidade figura a possibilidade de *antecipação da maioridade civil*, chamada de *emancipação*, que vem prevista no art. 5º da Lei Civil.

Através da emancipação são *antecipados os efeitos da maioridade civil para pessoas que ainda não atingiram os 18 anos de idade, cessando, por conta disso, a sua incapacidade jurídica de fato*. Enfim, permite-se que uma pessoa – ainda incapaz em face da sua idade – seja considerada, do ponto de vista jurídico, plenamente apta, capacitada, para a prática dos atos da vida civil, sem necessidade de assistência ou representação. Vale dizer, confere plena capacidade a uma pessoa que, em razão de sua idade, seria considerada relativamente incapaz.

Em suma-síntese: a emancipação representa a aquisição da capacidade civil antes da idade legalmente prevista. A legislação vigente optou por fixar a idade de aquisição de capacidade aos 18 anos, seguindo as pegadas do direito portenho, lusitano e francês. Todavia, noutros ordenamentos são encontradas soluções distintas. Somente por curiosidade, na Suíça, a maioridade é alcançada aos 20 anos de idade, enquanto no Chile ela é atingida aos 25 anos.

De acordo com a sistemática do Código Civil de 2002, a emancipação pode se apresentar com diferentes feições, encontrando-se espécies distintas emancipatórias:

- i) *emancipação voluntária*, quando outorgada pelos pais, em conjunto, ou na falta de um deles (e. g., por conta de morte, de declaração judicial de ausência ou de destituição do poder familiar), pelo outro, através de *escritura pública*, registrada no Cartório do Registro Civil do lugar onde está assentado o registro de nascimento da pessoa-emancipanda (CC, art. 9º, II). Vale atentar para a necessidade de prática do ato por escritura pública, sob pena de nulidade. Outrossim, é mister o registro em cartório, sob pena de ineficácia do ato em relação a terceiros. Não há, evidentemente, em face da isonomia constitucionalmente assegurada, prevalência da opinião paterna ou materna e, por isso, havendo conflito de interesses entre o pai e a mãe, caberá ao juiz dirimir o eventual conflito, decidindo

<sup>115</sup> O Superior Tribunal de Justiça abona esse entendimento, asseverando que a extinção do direito à pensão previdenciária ocorre “pela emancipação ou ao completar 21 anos de idade, salvo se for inválido” (STJ, Ac. 5ª T., REsp. 626.638/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 9.8.2005, DJU 5.9.2005).



se concede, ou não, a emancipação. Cumpre observar, no entanto, que o juiz não poderá emancipar o menor contra a vontade de ambos os genitores, o pai e a mãe, o que importaria, na prática, em verdadeira destituição do poder familiar, por vias transversas. Assim, somente é cabível ao juiz deliberar sobre a emancipação na hipótese de falta de ambos os pais ou de conflito de opiniões entre eles. É fundamental observar que a emancipação voluntária, sempre, será irrevogável e irretratável e que somente pode ser concedida a menores que já tenham, pelo menos, 16 anos de idade. Aliás, exatamente por conta dessa relativa incapacidade do menor-emancipando (o que implica na existência de um certo grau de compreensão e discernimento), convém endossar a preocupação da doutrina, ao destacar que, embora seja dispensável por força de lei a intervenção do menor no ato emancipatório, “para que não se coloque em dúvida a intenção dos pais, nem se alegue que a emancipação está sendo feita para que os pais se livrem da obrigação de sustento do filho, é conveniente que o filho emancipando participe do ato como anuente”.<sup>116</sup> Naturalmente, o menor emancipado não perde a *proteção integral* e a *prioridade absoluta*, reconhecidas pelo art. 227 da Constituição Federal e pelos arts. 1º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e que decorrem de critério fundamentalmente etário e absoluto, consubstanciando uma *garantia constitucional* que não pode ser afastada pela iniciativa privada. Pensar em sentido diferente seria permitir que os pais negassem ao filho a proteção deferida pelo Texto Constitucional.<sup>117</sup> Nessa esteira, caso um menor emancipado pratique um ilícito penal, responderá por ato infracional, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, e não por crime tipificado no Código Penal. Igualmente, se precisar de internamento ou atendimento hospitalar, tem assegurada a sua prioridade.

- ii) *emancipação tácita ou legal*, que é concretizada quando o menor, com pelo menos 16 anos de idade, de regra, vem a praticar determinado ato reputado incompatível com a sua condição de incapaz. É que, em determinadas situações, entende-se que a prática de certos atos, por si só, implica no reconhecimento da plena capacidade, conferindo ao titular um grau de discernimento incompatível com a condição de incapaz. São atos, portanto, que colidem frontalmente com a incapacidade. Esses acontecimentos, que trazem consigo uma presunção implícita de amadurecimento psicológico, obviamente, estão taxativamente previstos em lei, especificamente no parágrafo único do art. 5º da Codificação de 2002: (i) o casamento; (ii) o estabelecimento civil ou comercial ou a existência de relação de emprego,<sup>118</sup> desde que, em função deles, o menor com 16 anos de idade ao

<sup>116</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados*, op. cit., p. 11.

<sup>117</sup> Sem hesitação, MUNIR CURY, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA e JURANDIR NORBERTO MARÇURA, em obra dedicada à análise da legislação infanto-juvenil, são precisos ao afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente “adotou o critério cronológico absoluto, ou seja, a proteção integral da criança e do adolescente é devida em função de sua fixa etária, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil”. Cf. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*, op. cit., p. 22.

<sup>118</sup> Não se pode esquecer a proibição de trabalho ao menor de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos de idade.



menos, adquira economia própria (merece realce o fato de que o fundamento emancipatório está na *economia própria* gerada pela relação empregatícia<sup>119</sup> ou pelo estabelecimento civil ou comercial e não no exercício da atividade);<sup>120</sup> (iii) o exercício de emprego público efetivo, não alcançados os cargos de confiança ou funções temporárias; e (iv) a colação de grau científico em curso de ensino superior (embora raríssima, essa hipótese é factível quando se imagina uma pessoa superdotada que, através de decisão judicial em razão de sua condição diferenciada, foi autorizada a avançar na sua formação escolar).

Pode-se mencionar, ainda, a emancipação *judicial* que ocorre quando o menor-eman-  
cipando está sob tutela (uma vez que o tutor não dispõe de prerrogativa legal para a prática de ato emancipatório) ou, como já referido, na hipótese de falta de ambos os pais (por morte, ausência ou destituição do poder familiar) ou por conta da existência de um conflito, divergência, entre a vontade paterna e a materna.<sup>121</sup> A sentença que concede a emancipação deve ser averbada no cartório de registro público, como condição eficaz do ato.

Excepcionalmente, o art. 1.520 do Código Civil permite que o juiz autorize o casamento (e, por conseguinte, admita a emancipação legal) do menor de 16 anos quando houver gravidez. O escopo da norma é de clareza solar: permitir a constituição jurídica da família, uma vez que os interessados já podem estar convivendo faticamente. Com relação à matéria, vale lembrar que a Lei nº 11.106/05, modificando o art. 107 do Código Penal, afastou a possibilidade de extinção de punibilidade pelo posterior casamento da vítima de um crime contra a liberdade sexual com o agente ou mesmo com terceiro. Assim sendo, não mais poderá o juiz autorizar o casamento da pessoa com menos de 16 anos para fins de extinção de punibilidade do agente, como permitia a redação primitiva do Código Civil.

Sublinhe-se que a *emancipação*, em todas as suas espécies, seja convencional (ato do pai e da mãe), judicial ou legal (v. g., pelo casamento ou pela colação de grau científico em nível superior), é, sempre, irrevogável e irretratável. Assim, não se restitui o menor-emancipado ao *status quo ante* no caso de eventual cessação dos efeitos do ato emancipatório. Exemplificativamente: o eventual divórcio, bem como a posterior falência ou exoneração do serviço público (antes que o titular tenha completado 18 anos

<sup>119</sup> Frise-se que não será qualquer relação empregatícia que implicará em emancipação. Independentemente de assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, o que interessa é que o emprego gere economia própria. Assim, a simples prestação de serviço trabalhista, por si só, não é suficiente para a emancipação. Dependerá, sempre, do caso concreto.

<sup>120</sup> Não é incomum encontrar adolescentes que, em razão de seu trabalho, terminam por adquirir economia própria, como nos casos de esportistas (jogadores de futebol que, muita vez, antes mesmo dos 18 anos de idade, já são contratados por clubes estrangeiros) e de jovens artistas (cantores ou atores) que celebram avenças com empresas de produção cultural ou mesmo de jovens que prestam serviços de elaboração de jogos para a Internet.

<sup>121</sup> No que tange à competência judicial para decidir sobre a emancipação, THEOTONIO NEGRÃO lembra que, tratando-se de hipótese de ausência dos pais, competirá ao juízo da infância e juventude processar e julgar a ação de emancipação. Nas outras hipóteses, competirá ao juízo de família. Cf. *Código Civil e Legislação Civil em Vígor*, op. cit., p. 41.

de idade), não afeta a capacidade adquirida, restando mantida, inteiramente, a plena capacidade jurídica.<sup>122</sup>

Situação digna de atenção especial diz respeito ao reconhecimento da nulidade ou anulabilidade do casamento, quando um, ou ambos, os noivos emanciparam pela sua celebração. Há controvérsias doutrinárias, tornando relevante a indagação: a nulidade ou anulação do casamento faz as partes retornarem ao *status quo ante*, no que concerne à situação de incapaz? A resposta nos parece óbvia. Considerando que o casamento anulável produz efeitos até que lhe sobrevenha uma decisão judicial, é evidente que, em tal hipótese, haverá emancipação dos noivos, que não retornam ao estado anterior se reconhecida a invalidade. Se o casamento for nulo, não há produção de efeitos e, consequentemente, não há emancipação. No entanto, não se ignore a possibilidade de reconhecimento da *putatividade* do casamento (CC, art. 1.561) quando um ou ambos os cônjuges estiverem de boa-fé. Nesse caso, o juiz pode reconhecer a produção de efeitos desse casamento e, por isso, não retornará o cônjuge de boa-fé à incapacidade, confirmando a emancipação.

No que tange aos danos causados pelo menor-emancipado, a jurisprudência brasileira vem entendendo, corretamente, que a *emancipação voluntária e a emancipação judicial* de um menor de idade não exime os pais da responsabilidade civil por atos praticados pelos filhos-emancipados (a chamada responsabilidade civil por fato de outrem ou por fato de terceiro), contemplada no art. 932 do Texto Codificado.<sup>123</sup> Com isso, são evitados abusos e fraudes, preservando, igualmente, os interesses de terceiros. Em se tratando de *emancipação legal*, cessa a responsabilidade civil dos pais, respondendo o filho direta e pessoalmente.

No âmbito do Direito do Trabalho, existe uma interessante discussão decorrente da emancipação. Considerando que o menor que estabelece relação de emprego, gerando economia própria, está emancipado, é de se indagar se o art. 439 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>124</sup> (que proíbe o menor de 18 anos de dar quitação das verbas rescisórias) continua a vigorar. Apesar de ligeiras controvérsias, através da técnica da especificidade, e preservando os interesses específicos do menor (cuja proteção é constitucionalmente assegurada), entendemos que continua sendo necessária a atuação do representante ou assistente do menor para que possa assinar a rescisão do contrato de trabalho, sob pena de nulidade. Nesse diapasão, MAURÍCIO GODINHO DELGADO é lacônico, porém preciso, ao assegurar que a emancipação do trabalhador-menor “não repercuta no plano das regras justralhistas”.<sup>125, 126</sup>

<sup>122</sup> Utilizando o mesmo exemplo, é clara a preleção de RENAN LOTUFO: “A alteração posterior do estado civil não interfere na maioridade adquirida” (*Código Civil Comentado*, op. cit., p. 30).

<sup>123</sup> Colhe-se da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: “A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 122.573, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 23.6.1998, DJU 18.12.1998).

<sup>124</sup> Art. 439, Consolidação das Leis do Trabalho: “É lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento dos salários. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de dezoito anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida”.

<sup>125</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 1144.

<sup>126</sup> Disso não diverge JOSÉ AFFONSO DALLEGRAVE NETO, sustentando que o dispositivo celetista não foi atingido pelo Código Civil porque o Direito Civil somente é utilizado subsidiariamente no campo trabalhista (CLT,

Há, ainda, uma hipótese específica de emancipação no sistema jurídico pátrio. É a *cessação da incapacidade, do homem e da mulher, para fins de serviço militar*, contemplada no art. 73 da Lei nº 4.375/64 e que cinge-se a esta finalidade especial, não implicando efeitos em outras áreas: “para efeito de serviço militar, cessará a incapacidade do menor na data em que completar dezessete anos”.

## 8 O ESTADO CIVIL DA PESSOA NATURAL

*Estado civil* é a qualificação jurídica da pessoa, resultante das diferentes posições que ocupa na sociedade, hábeis a produzir diferentes consequências. Enfim, é a posição jurídica da pessoa no meio social.<sup>127</sup>

É certo e incontroverso que as pessoas humanas organizam-se – desde os primórdios da história do ser humano – em grupos sociais. Da família (grupamento social primário, no qual o homem nasce inserto e modela a sua personalidade, constituindo-se verdadeiro *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana) ao grupo profissional, a pessoa humana ocupará diferentes posições sociais, eventualmente repercutindo no ordenamento jurídico.

O conjunto dessas diferentes posições assumidas no seio social forma o *estado civil* da pessoa, qualificando-a de modo a produzir efeitos diversos. A pessoa casada, por exemplo, necessita de outorga do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis, salvo se o matrimônio se deu sob o regime da separação convencional de bens – CC, art. 1.647. Em outro exemplo, o estrangeiro não poderá exercer cargos privativos de brasileiros natos, consoante previsão constitucional.

O *estado da pessoa* tem natureza de *atributo da personalidade* – como o nome civil, a capacidade e o domicílio. Trata-se de verdadeiro *direito da personalidade*, contando com os caracteres de *indisponibilidade, indivisibilidade e imprescritibilidade*.

Sistematicamente, os estados da pessoa são:<sup>128</sup>

- i) *estado individual*, que diz respeito à idade (maior ou menor de 18 anos), à capacidade (capaz ou incapaz, de acordo com os arts. 3º e 4º do Código Civil) e ao sexo (masculino e feminino);
- ii) *estado familiar*, denominado comumente de *estado civil*, referindo-se à situação familiar da pessoa humana, em relação ao matrimônio (casado, solteiro,

art. 8º) e, noutro plano, porque a regra consagra a proteção do trabalhador-menor. Em razão disso, concordamos com a sua conclusão, no sentido de que a emancipação “contempla uma situação jurídica que irradia efeitos apenas para os atos civis” (“Nulidade do contrato de trabalho e o novo Código Civil”, op. cit., p. 112).

<sup>127</sup> Nesse sentido, confira-se a sempre oportuna lição de ORLANDO GOMES. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 145, bem como a de FRANCISCO AMARAL. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 237.

<sup>128</sup> Lembra RICARDO RABINOVICH-BERKMAN que no Direito Romano eram denominadas as diferentes implicações da pessoa em sua comunidade de *status libertatis* (dizendo respeito à liberdade), *status civitatis* (relacionado à cidadania) e *status familiae* (concernente à situação familiar). Cf. *Derecho Civil: parte General*, op. cit., p. 409.

divorciado ou viúvo) e ao parentesco (mãe, filho, irmãos, sogro, nora, cunhado). Lembre-se, nesse momento, que não há, entre nós, um estado civil de convivência, bem como a separação de fato não altera o estado familiar da pessoa, produzindo outros efeitos;

- iii) *estado político*, qualificando a pessoa natural a partir de sua posição frente à nação a que pertence, podendo a pessoa ser nacional – nato ou naturalizado – ou estrangeiro. Vale mencionar a possibilidade de existirem pessoas apátridas e com mais de uma nacionalidade, salvo disposição expressa em contrário (CF, art. 12, § 4º, II).

Cumprir fazer menção, ainda, em face da relevantíssima importância prática, às chamadas *ações de estado*, consistindo na possibilidade de o titular defender os seus estados em juízo, contra eventuais atentados e violações, com o fito de declarar a existência de determinadas situações jurídicas (como no exemplo da ação de investigação de paternidade) ou ainda com o propósito de criar, modificar, substituir ou extinguir relações jurídicas que dizem respeito ao seu estado (como na hipótese da ações de separação judicial e divórcio).

As ações de estado, em razão de seu objeto, são indisponíveis e imprescritíveis e, naturalmente, exigem, por força do art. 82, II, do Código Instrumental, a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*). Demais disso, nelas não decorrerão os efeitos da revelia, embora ela deva ser declarada, *ex vi* do disposto no art. 320, II, do Código de Processo Civil, tendo o juiz poderes instrutórios mais amplos, com o propósito de se aproximar da verossimilhança.<sup>129</sup>

São exemplos de ações de estado: (i) a interdição e a redesignação de estado sexual (relativas ao estado pessoal); (ii) o divórcio, a anulação de casamento e a investigação de paternidade (dizendo respeito ao estado familiar); (iii) a ação de aquisição de nacionalidade brasileira (concernente ao estado político).

Finalmente, registre-se a possibilidade de *posse de estado*, que nada mais é do que a projeção da teoria da aparência na estruturação do estado da pessoa. Com efeito, aquele que possui (apreende) um estado comporta-se “como se realmente o tivesse”, sendo, por conseguinte, a posse de estado “o exercício constante e público dos fatos próprios de tal estado, é a situação aparente de uma pessoa”, consoante a lição clara de FRANCISCO AMARAL.<sup>130</sup> Tem-se afirmado que a posse de estado pode ser provada pela demonstração de nome, tratamento e fama, correspondendo à publicidade na utilização do estado da pessoa que se alega ter. Exemplos de aplicação concreta da posse de estado são a *posse do estado de filho*, que serve como prova na ação de investigação de paternidade, e a *posse do estado de casado* (CC, art. 1.545), que serve como prova indireta do casamento na hipótese de perda ou extravio do registro civil de matrimônio.

<sup>129</sup> Bem ressaltou o Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ao relatar o REsp. 4.987/RJ (publicado no DOU de 28.10.1991) que “na fase atual da evolução do Direito de Família é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça”.

<sup>130</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 243.

## 9 A EXTINÇÃO DA PESSOA NATURAL: A MORTE

### 9.1 Noções gerais

A morte completa o ciclo vital da pessoa humana. É o fim de existência humana.

Como, aliás, diz um belo trecho musical “nessa estrada não nos cabe conhecer ou ver o que virá, o fim dela ninguém sabe bem ao certo onde vai dar, vamos todos numa linda passarela de uma aquarela que um dia, enfim, descolorirá”.

Por igual, colhe-se de trecho literário conhecido a frase lacônica, porém precisa: “O segredo é saber como morrer” (BROWN, Dan. *O símbolo perdido*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2009. p. 5).<sup>131</sup>

A morte, portanto, é um fenômeno inexorável, que completa a existência humana.

Em visão voltada para a ciência do Direito, o civilista chileno CARLOS DUCCI CLARO leciona que “a morte corresponde ao término das funções vitais do indivíduo”.<sup>132</sup> Assim, morta uma pessoa natural, extingue-se, automaticamente, a sua personalidade jurídica.

O Código Civil, em seu art. 6º, dispõe que termina a existência da pessoa natural com a morte (obviamente, reportando-se à morte natural, verificada à luz do cadáver humano), sendo desnecessário o reconhecimento judicial desse fato. Entende-se, a partir da regra inserida no art. 3º da Lei dos Transplantes, que a cessação da vida ocorre com a morte encefálica, atribuindo-se ao Conselho Federal de Medicina a fixação dos critérios clínicos e tecnológicos para determiná-la, o que foi feito através da Resolução nº 1.480/97.<sup>133</sup> A declaração de morte tem de ser realizada por dois médicos, não integrantes das equipes de remoção de órgãos para fins de transplantes, garantindo a idoneidade e isenção da declaração. A jurisprudência vem acobertando o entendimento de que, em face da natural dificuldade de delimitar o conceito de *morte encefálica*, um dos profissionais da Medicina responsáveis pela declaração deve ser neurologista.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> O livro é mais uma aventura do personagem *Robert Langdon*, imortalizado por DAN BROWN no seu *O Código da Vinci*. Em *O Símbolo Perdido* (*The Lost Symbol*, no original em língua inglesa), o autor analisa a maçonaria e os seus diferentes símbolos ocultos. Situando a narrativa nas belas obras e monumentos de Washington D.C., é apresentada, com leveza, uma clara mensagem de que a morte é uma decorrência inevitável da vida.

<sup>132</sup> CLARO, Carlos Ducci. *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 113.

<sup>133</sup> Corretamente, ANDERSON RÖHE obtempera ser fundamental uma reapreciação da matéria, determinando-se com mais precisão o momento da morte encefálica, que é mais abrangente do que a morte cerebral. Cf. *O paciente terminal e o direito de morrer*, op. cit., p. 123.

<sup>134</sup> “CONSTITUCIONAL. CIVIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. LEI Nº 9.434/97. DECRETO Nº-2.268/97. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS. DIAGNÓSTICO DE MORTE ENCEFÁLICA. MÉDICO. ESPECIALIZAÇÃO. NEUROLOGIA. PRESENÇA. PODER REGULAMENTAR. RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. 1. A Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre Transplante de Órgãos, estabelece que a retirada *post mortem* de tecido, órgãos e partes do corpo humano deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução pelo Conselho Federal de Medicina. 2. O Decreto nº 2.268/97, que regulamentou a Lei nº 9.434/97, prescreveu a obrigatoriedade de que um dos médicos, no processo de coleta de órgãos, seja neurologista. Legalidade. 3. O poder regulamentar (art. 84, IV, CF/88) autoriza o Executivo a detalhar critérios legais para sua fiel execução. 4. A morte encefálica é estado

É natural, de qualquer sorte, que, com o avanço da ciência, já existam questionamentos a respeito da escolha desse critério.<sup>135</sup>

Até a ocorrência desse evento inexorável, no entanto, a pessoa conserva a personalidade adquirida, sem qualquer limitação. Somente com o óbito, haverá cessação da aptidão para titularizar relações jurídicas, ocorrendo, de pleno direito, uma *mudança subjetiva nas relações jurídicas patrimoniais* mantidas pelo falecido (*de cujus*), que passam a ser titularizadas por seus sucessores, *ex vi* do disposto no art. 1.784 da Codificação.

É preciso salientar, todavia, que, mesmo após a extinção da pessoa e, por conseguinte, de sua personalidade, subsistirá a sua vontade para os fins do que, eventualmente, tiver o falecido disposto em testamento (CC, art. 1.857) ou codicilo (CC, art. 1.881), bem como no que concerne ao destino do cadáver, se, em vida, ocorreu expressa manifestação de vontade própria (CC, art. 14). Não tendo ocorrido manifestação de vontade ainda em vida pelo titular, os familiares decidirão o destino do cadáver, harmonizando o conteúdo do art. 14 da Codificação de 2002 com o teor do art. 4º da Lei nº 9.434/97 – Lei de Transplantes.<sup>136</sup>

Ademais, não se pode olvidar que, apesar de a morte importar término da personalidade, o ordenamento jurídico confere tutela aos direitos da personalidade do falecido (honra, imagem, nome...) mesmo depois do óbito do titular, legitimando o cônjuge ou companheiro sobrevivente, além dos parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau, para requerer medidas protetivas, em juízo, para a defesa dos direitos da personalidade da pessoa morta, conforme permissivo do parágrafo único do art. 12 da Lei Civil. MARIA HELENA DINIZ qualifica esses legitimados como *lesados indiretos*, pois podem sofrer danos por conta da violação de bens jurídicos alheios,<sup>137</sup> pertencentes aos entes queridos mortos.

De qualquer forma, o efeito jurídico principal da morte é a *cessação da personalidade* e, naturalmente, dos *direitos da personalidade*.

Todavia, outros importantes efeitos no âmbito da ciência jurídica também são produzidos pela morte. São também *consequências jurídicas* da morte:

*decorrente de conceito fluido que deve ser constatado por pelo menos um médico especializado em neurologia*” (TRF-1ª Região, Ac. Unân., 8ª T., Ap. Cív. 9844-43.1999.4.01.0000/DF, Rel. Juiz convocado Cleber José Rocha, j. 26.10.2010, DJ 3.12.2010, p. 493).

<sup>135</sup> ÉLIDA SÉGUIN também formula o mesmo raciocínio, chegando a suscitar interessante indagação: “Existe distinção entre morte cerebral (*the whole brain death*) e encefálica, envolvendo o tronco encefálico e o cerebelo (*neocortical death*)? Como jurista não sei a resposta, que deverá partir dos profissionais da saúde” (*Biodireito*, op. cit., p. 145).

<sup>136</sup> Endossando a tese preconizada pelo Enunciado 277 da Jornada de Direito Civil, entendemos que os dispositivos legais aludidos não são conflitantes, mas complementares: se houve declaração de vontade do falecido, quando vivo, prevalece o seu desejo; não tendo havido manifestação volitiva, a família delibera o destino. Diz, expressamente, o Enunciado aludido: “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

<sup>137</sup> DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*, op. cit., p. 25.



- i) abrir a sucessão (CC, art. 1.784), importando a transmissão imediata, automática, do patrimônio do falecido aos seus sucessores;
- ii) extinguir o poder familiar (CC, art. 1.635, I);
- iii) pôr fim aos contratos *intuitu personae* (personalíssimos), sendo possível exemplificar com o contrato de prestação de serviços e o contrato de mandato (CC, art. 607);
- iv) fazer cessar a obrigação de alimentos, para ambas as partes (CC, art. 1.697), transmitindo-se aos herdeiros do alimentante as parcelas vencidas e não pagas;
- v) extinguir o usufruto (que é vitalício e não perpétuo, diferentemente das servidões prediais e das antigas enfiteuses);
- vi) findar o casamento ou a união estável, inclusive no que tange ao seu regime de bens.

De outra parte, no Direito Penal, a morte gera a extinção da punibilidade do agente criminoso (CP, art. 107), enquanto no Direito Processual Civil a morte de uma das partes, de seu representante ou assistente ou mesmo do advogado de qualquer dos litigantes, importa em suspensão automática dos prazos (CPC, art. 180) e do processo (CPC, art. 265), além de extinguir a gratuidade judiciária (Lei nº 1.060/50).

Outrora, no Direito Romano, exigia-se a aceitação da herança pelos herdeiros para que fosse possível admitir, juridicamente, a morte como um elemento de transmissão da herança. Hodiernamente, não mais há tal exigência, operando-se automaticamente (*droit de saisine*) a transmissão das relações patrimoniais do falecido. Até porque não há, em nosso sistema jurídico, patrimônio sem um respectivo titular.

## 9.2 A morte real como regra geral do sistema jurídico brasileiro

A rigor, para o reconhecimento da morte (e, por conseguinte, para a extinção da personalidade jurídica) exige-se uma declaração médica da ocorrência da morte encefálica, para que seja, então, lavrada a necessária *certidão de óbito*.<sup>138</sup>

De fato, o acolhimento do critério de *morte encefálica* impõe a participação direta do médico para a comprovação do óbito, o que não está, a toda evidência, ao alcance da ciência do Direito, dizendo respeito aos domínios da Medicina. Assim, somente após a declaração médica é que será possível lavrar a certidão de óbito, no cartório do registro civil competente.

Cuida a certidão de óbito, portanto, de um documento público, evidenciando o óbito de alguém, a partir de declaração feita por profissional da Medicina, atestando, à

<sup>138</sup> PAULO NADER advoga a tese de que “a cremação do cadáver requer a prévia manifestação de vontade do *de cujus*, podendo ocorrer ainda quando houver interesse da saúde pública ou no caso de morte violenta, hipótese que dependerá de autorização judicial” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 220). Não se pode olvidar, contudo, que a Lei nº 9.434/97, notadamente em seu art. 4º, estabelece competir aos familiares do morto a deliberação da realização, ou não, de transplantes de seus órgãos aproveitáveis, quando não houve manifestação de vontade ainda em vida pelo titular, conforme referido anteriormente.



luz do cadáver (evidentemente!), o momento, a causa e o lugar do óbito, entre outras informações relevantes acerca do falecido (LRP, art. 80).<sup>139</sup> É o que se convencionou chamar *morte real*.

Nessa ordem de ideias, em tais circunstâncias, havendo regular declaração médica, atestando o óbito, tem-se a chamada *morte real*, cujo pressuposto é a certificação de um profissional habilitado para tanto, à luz do próprio cadáver.

### 9.3 A morte real sem cadáver (a morte presumida sem a declaração de ausência)

No entanto, por não ignorar a possibilidade de realização de sepultamentos sem a prévia declaração médica e, por óbvio, sem o necessário registro do óbito no cartório competente – o que não é raro em cidades interioranas menos desenvolvidas, especialmente quando se lembram as grandes distâncias territoriais, típicas de um país continental, como o Brasil –, permite a ordem jurídica pátria (LRP, art. 77) que se realize um *procedimento justificatório* em juízo (também chamado de *justificação de óbito*), através de um procedimento especial de jurisdição voluntária, demonstrando-se, por meio de testemunhas (que presenciaram ao funeral ou ao enterro), de perícia ou de documentos (firmados por médico, por exemplo), a ocorrência da morte, bem como o dia, hora e local, para que o juiz, ouvido o promotor de justiça, aceite a justificação do óbito, determinando a lavratura do registro respectivo.

Não é despidendo sublinhar, inclusive, que, considerando toda a dificuldade que poderá implicar e mesmo a dignidade dos parentes vivos, o juiz somente deverá determinar a exumação do cadáver quando os demais meios de prova forem insuficientes.

Mas não é só.

É impossível olvidar, ainda, a possibilidade de ocorrência da morte em situações excepcionais, atípicas, nas quais não seja possível localizar o próprio cadáver. Como a certidão de óbito somente poderá ser lavrada mediante o atestado médico (que pressupõe, naturalmente, o exame do cadáver pelo profissional da Medicina), tais hipóteses reclamam regulamentação jurídica para que possam produzir os efeitos jurídicos da morte.

É o que se chama de *morte real sem cadáver* (ou, como prefere o art. 7º do Código Civil, *morte presumida sem ausência*), produzindo os mesmos efeitos jurídicos da morte real (aquela decorrente de um atestado médico). Nesse caso, o óbito ocorrido nas circunstâncias catastróficas previstas no art. 7º da Codificação de 2002<sup>140</sup> e no art. 88 da Lei de Registros Públicos<sup>141</sup> exige, obviamente, um reconhecimento pelo juiz. Dessa maneira,

<sup>139</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. “A pessoa e o ser humano no novo Código Civil”, op. cit., p. 8.

<sup>140</sup> Art. 7º, Código Civil: “Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra”.

<sup>141</sup> Art. 88, Lei de Registros Públicos: “Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito”.

as pessoas de quem não mais se tem notícias, desaparecidas em naufrágios, incêndios, inundações, maremotos, terremotos, enfim, em grandes catástrofes ou eventos que produzem perigo de morte, ou desaparecidas durante a guerra e não encontradas até dois anos após o seu término, podem ser reputadas *mortas civilmente (morte real)*, por decisão judicial prolatada em procedimento especial iniciado pelo interessado (que pode ser, exemplificativamente, o cônjuge ou companheiro sobrevivente ou mesmo um parente próximo ou um credor) e que deverá atender aos requisitos exigidos pelos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil. Observe-se que, em tais hipóteses, é muito provável a morte da pessoa que estava nas circunstâncias referidas, apenas não se tendo o cadáver. Vale frisar que dois são os requisitos fundamentais para que se tenha a declaração de morte nessas circunstâncias: prova de que a parte estava no local em que ocorreu a catástrofe e de que, posteriormente, não mais há notícias dela. Podem ser lembrados como exemplos os fatídicos episódios do *bateau mouche* (quando diversas pessoas restaram desaparecidas depois do naufrágio) ou mesmo da *tsunami*, fora do nosso país.

Outro caso de morte presumida sem ausência vem estampado na Lei nº 9.140/95, com a atualização da Lei nº 10.536/02, reputando mortas, para todos os fins de direito, as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou simplesmente acusadas de participação, em atividades políticas, no período compreendido entre 2.9.1961 e 5.10.1988 (parte do período da ditadura militar brasileira), inclusive fazendo jus os seus familiares a uma indenização correspondente.

Registre-se, demais de tudo isso, não mais existir, entre nós, a *morte civil (ficta mors)* dos condenados a penas perpétuas ou de religiosos professos. Tratava-se de verdadeiro banimento do mundo civil, repugnando o Estado Democrático de Direito. De qualquer modo, em alguns dispositivos legais esparsos, encontram-se figuras jurídicas cujos efeitos se assemelham, de certo modo, às consequências de uma morte civil. São elas: (i) os arts. 1.814 e 1.961 do Código Civil, prevendo que o sucessor que for reputado indigno ou deserddado será privado do recebimento da herança, sendo chamados os seus herdeiros para receber a herança em seu lugar, como se ele morto fosse; (ii) o Decreto-lei nº 3.038/41 que, em seu art. 7º, dispõe que o oficial militar considerado indigno perderá o posto e a patente, ressalvando-se aos seus dependentes o recebimento de uma pensão, como se ele fosse morto. Em tais hipóteses, muito embora esteja vivo o titular do direito, haverá transmissão de relações jurídicas, como se ele morto estivesse. Por isso, a similitude com efeitos decorrentes da morte civil. Destaque-se, apesar de tudo, que não mais existe, no Brasil, a figura da morte civil, incompatível com a Carta Constitucional de 1988.

#### 9.4 O direito à morte digna e o testamento vital (diretivas antecipadas ou *living will*)

Não se pode deixar de registrar uma importante discussão (ética, jurídica, religiosa e moral) acerca do direito de morrer dignamente (*right to die*).

É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do

direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações.

Se a morte é o corolário, a consequência lógica, da vida, nada é mais natural do que asseverar que o *direito à vida digna* (CF, art. 1º, III) traz consigo, a reboque, o *direito a uma morte igualmente digna*. Aqui, convém a lembrança da obra *As intermitências da morte*, do escritor lusitano JOSÉ SARAMAGO. No belíssimo texto, apresenta-se uma localidade na qual a morte, simplesmente, deixou de ocorrer, mantendo vivas todas as pessoas, inclusive os pacientes terminais, criando uma multidão de moribundos. Uma das frases é significativa: “No dia seguinte ninguém morreu”.<sup>142</sup> Assim, percebia-se a existência de pessoas que, mesmo contra a sua própria vontade, mantinham-se, indefinidamente, vivas, em uma zona cinzenta entre a vida e a morte. Abre-se, então, um relevante debate sobre a vida, a morte, o amor e o sentido, ou a falta dele, no que tange à existência humana.<sup>143</sup>

Com essa inspiração, é de se defender o reconhecimento de um direito à morte digna, como consectário da própria dignidade humana.

Pondera, nessa trilha, ANDERSON RÖHE que “a dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma medicina operante que assegure aos homens o seu bem-estar físico e mental, proporcionando uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida”.<sup>144</sup>

Seguramente, não se trata de apresentar um posicionamento favorável ou contrário. Não é esse o caso! O que se exige é uma cuidadosa reflexão, liberta das influências pessoais (de ordem religiosa, ética...) para estabelecer as latitudes do direito à morte digna. Mais do que isso, seja qual for o posicionamento a prevalecer, é imperioso se reconhecer que o único ponto indelével (e insubstituível) nessa discussão é o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana também se projeta na morte.

Nesse mesmo senso, ROXANA CARDOSO BRASILEIRO BORGES afirma haver, hoje em dia, uma “reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a

<sup>142</sup> É imperdível uma passagem em especial que bem retrata o assunto abordado: “Então ela, a morte, levantou-se, abriu a bolsa que tinha deixado na sala e retirou a carta de cor violeta. Olhou em redor como se estivesse à procura de um lugar onde a pudesse deixar, sobre o piano, metida entre as cordas do violoncelo, ou então no próprio quarto, debaixo da almofada em que a cabeça do homem descansava. Não o fez. Saiu para a cozinha, acendeu um fósforo, um fósforo humilde, ela que poderia desfazer o papel com o olhar, reduzi-lo a uma impalpável poeira, ela que poderia pegar-lhe fogo só com o contacto dos dedos, e era um simples fósforo, o fósforo comum, o fósforo de todos os dias, que fazia arder a carta da morte, essa que só a morte podia destruir. Não ficaram cinzas. A morte voltou para a cama, abraçou-se ao homem e, sem compreender o que lhe estava a suceder, ela que nunca dormia, sentiu que o sono lhe fazia descair suavemente as pálpebras. No dia seguinte ninguém morreu” (p. 214).

<sup>143</sup> Na obra, o saudoso literata português, merecidamente galardoado com o Prêmio Nobel de Literatura, sempre sarcástico e irônico, critica o comportamento da sociedade contemporânea, apresentando as reações de diferentes setores da comunidade (Igreja, imprensa, economistas, funerárias, casas de pensão, hospitais, seguradoras, famílias com moribundos em casa...) à situação de uma vida sem morte. Cf.: SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

<sup>144</sup> RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*, op. cit., p. 123.

salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa ‘a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia’”.<sup>145</sup>

De nossa parte, parece que a melhor solução é aplicar a técnica de proporcionalidade, deixando para, no caso concreto, dar contornos efetivos ao direito à morte digna, dependendo das circunstâncias concretas.<sup>146</sup>

Registre-se, de qualquer modo, que não se trata de discutir, no âmbito jurídico, a eutanásia. Cuida-se, em verdade, de buscar a afirmação do direito à morte digna como corolário, como consequência natural, do direito a uma vida digna.

Sobre o tema, é importante mencionar a Resolução nº 1.995, de 9 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina, combatendo as dores diversas decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada *futilidade médica*), em clara sintonia com o direito à vida digna. O ato regulamentar determina aos médicos o respeito às *diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo paciente*. Através dessas diretivas antecipadas (também chamadas de *testamento vital*), o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os *limites terapêuticos* a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade (diretiva antecipada de vontade, consoante a expressão consagrada na Espanha). Essa declaração, por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares (§ 3º do art. 2º da Resolução).

Não há necessidade de registro em cartório da declaração de vontade, em face da inexistência de exigência expressa da Resolução.

Seguramente, trata-se de uma *significativa homenagem ao reconhecimento do direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna*. Importante apontar que não se trata de *eutanásia*, nem de *ortotanásia*. Cuida-se, tão só, do direito do paciente de *morrer sem sofrimentos desnecessários*, na medida em que a Medicina não conseguiu estabelecer a cura daquela situação.

Harmoniza-se, inclusive, com o art. 15 do Estatuto Civil, que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte e com a própria *autonomia privada*, que rege as relações do Direito Civil.

Não há sentido, realmente, na intervenção estatal nesse campo.

Como já antecipávamos nas edições anteriores, ao nosso sentir, o paciente terminal que, no pleno gozo de sua faculdade mental, declarou a sua vontade, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Agora, com o advento da Resolução CFM nº 1.995/12, é válida e eficaz a declaração prévia

<sup>145</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. “Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado”, op. cit., p. 284.

<sup>146</sup> A legislação federal australiana chegou a permitir a eutanásia a doentes terminais, sendo, posteriormente, revogada, vigendo por pouco mais de seis meses.

de vontade em face da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente terminal, a partir de preceitos éticos e jurídicos e da terminalidade inexorável da vida humana. Com o mesmo raciocínio, LUCIANA DADALTO também já afirmava que a “declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio”.<sup>147</sup>

Bastante oportuna, no ponto, a lembrança de um trecho da sensível e emocionante película *Mar adentro*, traduzindo na tela a história real do marinheiro Ramón Sampedro, passada em pequena cidade da Espanha. Tetraplégico desde os 25 anos de idade, por conta de um acidente no mar que o deixou paralisado sobre a cama, apenas movimentando os músculos da face, Ramón resolveu requerer, em juízo, o reconhecimento do seu “direito de morrer”. Argumentou, inclusive, que a única visão que tinha era de uma pequena janela, aberta para o mar. Como o marinheiro não tinha como pôr fim à sua própria vida, em face do estado físico, e por não querer a ajuda de amigos (para evitar eventual responsabilização penal), pediu aos juízes dos Tribunais de Barcelona e La Coruña que lhe fosse permitido se objetar às sondas pelas quais era alimentado. Ambas as Cortes negaram o seu pleito. O Tribunal Constitucional espanhol também não acolheu o pedido. Por isso, entendeu que foi “condenado a viver”. Em última tentativa, dirigiu-se à Comissão Europeia de Direitos Humanos, onde, mais uma vez, teve indeferida a autorização. Sem dúvida, o seu caso é emblemático para o Direito Civil e a discussão acerca da efetiva compreensão da morte.

Em razão da pertinência e sensibilidade, vale transcrever trecho do requerimento formulado por Ramón Sampedro e endereçado às Cortes Judiciais:

“Senhores Juízes, penso que na hora de julgar determinadas condutas ético-morais, como nesse caso, não deveriam outra norma fundamental do que a Constituição [...] Soamente se os juízes e jurados tivessem de sentenciar de acordo com a Constituição e se as suas consciências fossem um processador humano – e humanizado – que vai recebendo sistematicamente conhecimentos e informações para entender o que é social e democraticamente tolerável, e também conveniente reformar e corrigir, a Justiça seguiria o ritmo do processo evolutivo da sociedade democrática formada por indivíduos livres e responsáveis. Em abril de 1993, fui aos Tribunais de Justiça com uma demanda formalmente apresentada por meu advogado, Dr. Jorge Arroyo Martinez, que, em síntese, indagava se deveria ser sancionada judicialmente uma pessoa que me preste ajuda, sabendo que tem o fim de auxiliar a minha morte voluntária e livre. Há muita gente que, aparentemente capacitadas para fazer um juízo de valor, se perguntam – e me perguntam – se realmente desejo morrer, pois se assim fosse, afirmam que posso provocar-me desde uma pneumonia, tampar uma sonda, não curar uma infecção, injetar-me um vírus ou que me mate discretamente uma pessoa qualquer. Entretanto, absurdo mesmo é propor-me todo tipo de forma de morrer, menos a maneira voluntária e legalmente permitida. Parece-me que a função dos juízes tem de ser algo a mais do que aplicar Códigos a todos, como

<sup>147</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento vital*, op. cit., p. 148.

um mudo e fiel guardião que defende os interesses do seu degenerado amo. Quando um juiz guarda silêncio diante de uma lei obviamente hipócrita, e portanto injusta, na sociedade não haverá nobreza e bondade. Se a Justiça é a exigência de uma conduta ética respeitosa, a função do juiz deve ser a de criador, mais do que de aplicador. Se aceitamos que deve haver normas e meios para julgar comportamentos irresponsáveis, em casos de condutas éticas, a Justiça deveria ser imediata para promover a vida, pois, do contrário, é como se tivesse enlatada, paralisada, e, antes de corrigir situações injustas, anacronismos e tradicionais barbáries, estaria a perpetuar injustiças. A vida evolui corrigindo sistematicamente o erro e isso deveriam copiar os humanos. É um erro grave negar a uma pessoa o direito de dispor de sua vida, porque é negar o direito a corrigir o erro da dor irracional. Como bem disseram os juízes na Justiça de Barcelona: viver é um direito, mas não uma obrigação. Sem embargo do que disseram, em nada parece ser responsável pelo que se disse. Aqueles que criam o Direito como um protetor indiscutível da vida humana, considerando como algo abstrato e por cima da vontade pessoal sem exceção alguma, são os mais imorais. Podem se disfarçar de mestres da filosofia jurídica, médica, política ou metafísica-teológica, mas desde que justifiquem o absurdo se convertem em hipócritas. A razão pode entender a imoralidade, mas não pode justificá-la. Quando o direito à vida se impõe como um dever, quando se penaliza exercer o direito a liberar-se da dor absurda que degrada a existência de uma vida absolutamente deteriorada, o direito se converte em absurdo e a vontade das pessoas que o fundamentam normativizam e impõem é uma verdadeira tirania. Recorro aos Tribunais de Justiça para que V. Exas. decidissem se me assistia ou não esse direito que minha consciência considera de âmbito moral exclusivamente. E penso ser humanamente qualificável. Fui à Justiça não apenas para que me respondessem a um assunto de interesse pessoal, mas porque considero meu dever denunciar a injustiça e rebelar-me contra a hipocrisia de um Estado e de uma religião que, democraticamente concebidos, toleram a prática da eutanásia se efetivada com sigilo e discrição, mas não com sensatez e clareza da razão justificadora. Também para denunciar que jamais possa prevalecer o interesse de nenhuma tirania ou do tirano por cima da razão ética da consciência do homem[...] O juiz que não se rebele diante da injustiça se converte em delinquente. Claro que ele pode acalmar a sua consciência culpada afirmando que cumpre o seu dever, mas estando consciente de que impõe a alguém um sofrimento por causa de seus próprios interesses[...] Dizem alguns cientistas políticos, teólogos e outros aprendizes de falsos profetas que minha luta poderia servir como pretexto e, assim, dar-me motivos para viver. Deveria ser também dever do juiz perseguir a quem insulta a razão e castiga severamente a outrem. Meu único propósito é defender minha dignidade pessoal e minha liberdade de consciência. Não por capricho, mas porque as valorizo e considero um princípio de justiça universal. Com uma sentença favorável, talvez não se volte a obrigar outro ser humano a sobreviver como tetraplégico, se essa não é a sua vontade. Minha luta terá sentido se a Justiça me conceder um bem que para mim mesmo reclamo. Se não é assim, todo esse esforço, que alguns dizem que pode dar sentido à minha vida, terá sido estéril. Espero que não pensem como teólogos, políticos e aprendizes de profeta entendendo que o que dá sentido à minha vida é o direito de reclamar um direito e uma liberdade, dando por suposto um direito que não me será concedido. Espero que não sejam cúmplices de tanta enganação e falta de



respeito contra a razão humana. Nenhum esforço inútil tem sentido. A intolerância é o terrorismo contra a razão. Qualquer esforço humano que tenha como fim liberar a vida de um sofrimento, a crueldade e a dor, e tenha sido estéril, significa o fracasso do bem contra o mal. Se não se reconhece a cada indivíduo a oportunidade de fazer aquilo que sua consciência considera bom, não há ética possível, pois não há evolução possível. Se não se reconhece ao indivíduo o direito a uma morte racional, voluntariamente decidida, a Humanidade não poderá chegar a aceitar culturalmente a sua própria mortalidade. E se não se entende o sentido da morte, tampouco se entenderá o sentido da vida. O juiz tem um mandato para velar pela segurança jurídica da sociedade. Mas, por coerência ética e moral, para que esse mister seja equilibrado e justo, tem de se defender, antes de tudo, a consciência individual. O Estado tem meios repressores para proteger-se das possíveis agressões individuais. No entanto, o indivíduo encontra-se indefeso para proteger-se contra o abuso das agressões do Estado. Se o juiz se dedica a aplicar os Códigos, é um fanática fundamentalista que obviamente viola a imparcialidade necessária. É seu dever corrigir este erro. Em 13 de novembro de 1996. Atenciosamente, Ramón Sampetro Camean”.<sup>148,149</sup>

Registre-se, em arremate do tema, que não se pode confundir as *diretivas antecipadas* com a eutanásia (que, nada mais é, do que uma morte piedosa, sem sofrimento, por relevante valor moral), com a *mistanásia* (conhecida como *eutanásia social* e muito comum em hospitais brasileiros quando, diante de um acidente, por exemplo, o médico tem de escolher qual dos pacientes será atendido primeiro) e com a *ortotanásia* (que é a eutanásia por omissão, apenas cometida pelo médico que deixa de prolongar o inevitável processo de morte do paciente, por meios artificiais, que poderiam protrair aquela situação fática).

Lado outro, as *diretivas antecipadas* se põem em contraposição à *distanásia*, que é o prolongamento artificial do processo (natural) de morte, ainda que à custa do sofrimento

<sup>148</sup> Tradução livre. A carta está disponível em: <[www.eutanasia.ws/carta.html](http://www.eutanasia.ws/carta.html)>.

<sup>149</sup> Vale a pena, outrossim, transcrever o desabafo escrito pelo próprio Ramón Sampetro Camean, quando do indeferimento de seu pleito, tendo sido obrigado a optar por outra solução para o seu desiderato: “Eu, tal qual como alguns juízes e a maioria das pessoas que amam a vida e a liberdade, penso que a vida é um direito, não uma obrigação. Contudo, fui obrigado a suportar esta penosa situação durante 29 anos, 4 meses e alguns dias. Recuso-me a continuar a fazê-lo por mais tempo! Apelei à Justiça para evitar que os meus atos tivessem consequências penais para outros. Estou à espera há cinco anos. E como tanta demora me parece ridícula, decidi pôr fim a tudo isso de uma forma que considero mais digna, humana e racional. Como podem ver, a meu lado tenho um copo de água com uma dose de cianeto de potássio. Quando o beber terei renunciado, voluntariamente, à propriedade mais legítima e privada que tenho; ou seja, o meu corpo. Também me terei libertado de uma humilhante escravidão – a tetraplegia. A este ato de libertação, com ajuda, chamam-lhe vocês cooperação num suicídio – ou suicídio assistido. Contudo, eu considero-o uma ajuda necessária, e humana, para ser dono e soberano da única coisa que o ser humano pode realmente chamar de sua, ou seja, o corpo e aquilo que é, ou está, como ele, a vida e a sua consciência. Poderão castigar esse próximo que me amou e foi coerente com esse amor, isto é, amando-me como a si próprio. Claro que para isso teve que vencer o terror psicológico da vossa vingança – é esse o seu delito. Além de aceitar o dever moral de fazer o que deve, quer dizer, o que menos lhe interessa e mais lhe dói. Senhores juízes, negar a propriedade privada do nosso próprio ser é a maior das mentiras culturais. Para uma cultura que sacraliza a propriedade privada das coisas, entre elas a terra e a água, é uma aberração negar a propriedade mais privada de todas, nossa Pátria e reino pessoal. O nosso corpo, vida e consciência. O Nosso Universo”.



do paciente. É a continuação, por intervenção da Medicina, da agonia, mesmo sabendo que, naquele momento, não há chance conhecida de cura. Enfim, é uma verdadeira obstinação pela pesquisa científica, pela tecnologia e tratamento médico, olvidando o direito do paciente à sua dignidade intangível, mesmo no momento da morte.

O direito brasileiro, através do Código Penal, mantém a eutanásia no âmbito da ilicitude, olvidando todos os demais aspectos da controvérsia.

## 9.5 A comoriência

Seguindo o sistema do Direito alemão, acolheu o ordenamento pátrio, no art. 8º do *Codex*, a comoriência como uma *presunção de simultaneidade de óbitos*, aplicável quando, morrendo duas ou mais pessoas ao mesmo tempo (simultaneamente), não for possível indicar, com precisão, a premoriência, ou seja, quem precedeu a morte de quem.

As origens etimológicas da palavra, inclusive, confirmam o significado da expressão. Comoriência vem do latim *commorientia*, enfeixando o significado de morte simultânea de duas ou mais pessoas.

Representa, pois, a comoriência o falecimento simultâneo de duas ou mais pessoas, em circunstâncias que não permitam identificar o premoriente. Veja-se o texto legal:

Art. 8º, Código Civil:

“Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

Funda-se a comoriência em um verdadeiro *estado de dúvida*, de incerteza, sobre quem precedeu a morte de quem em determinadas circunstâncias e, dada a falta de provas concretas para indicar quem morreu primeiro, supõe o ordenamento jurídico que morreram concomitantemente – muito embora esse dado seja contrário à realidade, uma vez que algum dos comorientes, seguramente, sob o ponto de vista naturalístico, precedeu à morte do outro, apenas não sendo possível para a ciência do Direito afirmar, para a produção de efeitos jurídicos, quem foi premoriente.

Ao optar pela presunção de simultaneidade de óbitos, em casos de comoriência, afina-se o sistema jurídico brasileiro com os ordenamentos mais modernos. Todavia, é importante registrar que no Direito inglês e francês, ainda hoje, a presunção decorrente da comoriência é no sentido de que, em se tratando de simultaneidade de mortes entre irmãos, o mais velho precede a morte do mais novo. Já na Antiga Roma, morrendo pais e filhos sem a possibilidade de averiguar quem foi o premoriente, supunha-se morto o filho primeiro, se impúbere, ou mortos os pais primeiro, se púberes os filhos. Também se presumia morto o marido antes da mulher, quando comorientes pessoas casadas entre si.

A consequência fundamental da comoriência projeta-se no Direito das Sucessões: a comoriência impede a transmissão de qualquer direito entre as pessoas comorientes.

Bem esclarece a questão CARLOS ALBERTO GHERSI, a partir do art. 109 do Código Civil argentino, expondo que, se duas ou mais pessoas falecem em circunstâncias em que não se possa saber qual delas morreu primeiro, presumem-se mortas ao mesmo tempo, sem que se possa alegar transmissão de direitos entre elas.<sup>150</sup>

No mesmo diapasão, bem salientam FRANCISCO JOSÉ CAHALI E GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, em obra didática e bem estruturada, que a comoriência produz as suas consequências mais sensíveis no Direito das Sucessões e nas questões relacionadas ao seguro de vida, em face da necessidade de indicar quem irá, respectivamente, suceder ou receber a indenização a ser paga pela seguradora na hipótese de comoriência entre o autor da herança e o sucessor, bem como no caso de comoriência entre segurado e beneficiário.<sup>151</sup>

Exatamente por esse motivo, somente haverá comoriência entre pessoas sucessíveis entre si ou que tenham estabelecido, entre si, uma relação jurídica de transmissão de direitos (como, por exemplo, um contrato de seguro de vida). É que não há interesse jurídico em determinar quem precedeu a morte de quem em relação a pessoas que não travam qualquer relação jurídica de transmissão de direitos.

Nesse sentido, é possível colher em nossa melhor jurisprudência:

“Inventário. Comoriência. Indenização decorrente de seguro de vida. Tendo o casal e os filhos falecidos simultaneamente, vítimas de acidente automobilístico, não se operou sucessão entre aqueles, nem entre aqueles e estes. Assim, a indenização decorrente de apólice de seguro de vida em grupo, em que os consortes constavam reciprocamente como beneficiários, é de ser paga de forma rateada aos herdeiros de ambos”.<sup>152</sup>

Daí a importância do instituto para o Direito das Sucessões, produzindo seu mais relevante efeito: faz cessar os direitos sucessórios entre os comorientes, que não poderão suceder uns aos outros ou receber indenizações a título de seguro de vida.

Cabe um exemplo para ilustrar. Imagine-se um casal que, sem deixar descendentes ou ascendentes, morre em desastre automobilístico. Provando-se que ele morreu primeiro, os parentes colaterais dela serão chamados para suceder integralmente, já que ela herdaria dele, que teria sido premoriente. Não haveria, nessa hipótese, qualquer direito hereditário para os parentes colaterais dele. Se, contudo, forem comorientes, dissolve-se o vínculo sucessório entre si, não havendo qualquer transmissão de um para o outro, convocando, por conseguinte, os colaterais de ambos para recolher suas respectivas cotas hereditárias.

Impende afirmar, de qualquer sorte, que a comoriência apresenta-se como regra geral, quando não for possível indicar a premoriência entre pessoas sucessíveis entre

<sup>150</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil*: parte general, op. cit., p. 206.

<sup>151</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de Direito Civil*: Direito das Sucessões, op. cit., p. 46-47.

<sup>152</sup> TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Agr. Instr. 598.569952 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 17.3.1999.

si.<sup>153</sup> Por isso, somente pode ser afastada a comoriência com prova cabal,<sup>154</sup> inconcussa, a ser produzida nos próprios autos do inventário – como já entendeu o Supremo Tribunal Federal (RT 552: 227) – ou nas vias ordinárias, permitidas todas as espécies de provas. O critério a ser utilizado para fixar a possibilidade de discutir o afastamento, ou não, da comoriência nos próprios autos do inventário é a existência de *questão de alta indagação* (CPC, art. 984), referindo-se àquela circunstância fática que demanda prova e contraprova. Sendo de alta indagação o questionamento, o afastamento da presunção de simultaneidade de óbitos só pode ser discutido em ação autônoma (vias ordinárias), não cabendo a sua discussão nos estreitos limites do inventário.

Corretamente, CARVALHO SANTOS sustentava, de há muito, a possibilidade de ocorrer a comoriência ainda que as pessoas estivessem em locais diferentes (América e Europa, por exemplo), desde que não fosse possível averiguar quem foi premoriente.<sup>155</sup> De fato, a comoriência prende-se a *circunstâncias de tempo* e *não de lugar*, motivo pelo qual “não (se) exige que a morte se dê num mesmo local e, embora tenha maior campo de aplicação em acidentes, nada impede que as mortes se deem em circunstâncias diversas”, nas palavras de INACIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE.<sup>156</sup> Poder-se-ia imaginar os devastadores efeitos que decorreram da tsunami que atingiu, ao mesmo tempo, diferentes lugares na Ásia, causando mortes de pessoas que estavam em locais diversos, nas mesmas circunstâncias temporais.

A outro giro, em sede doutrinária, encontram-se vozes favoráveis à possibilidade de reconhecimento de comoriência entre uma morte real e uma morte presumida ou mesmo entre duas mortes presumidas.<sup>157</sup>

## 9.6 A ausência como presunção de morte e a sua declaração judicial

O Código Civil revogado, estranhamente, contemplava o ausente no rol dos absolutamente incapazes, laborando em lamentável equívoco, uma vez que não se pode estender a incapacidade aos ausentes,<sup>158</sup> assim declarados por ato judicial (CC/1916, art. 5º, IV), por não existir, concretamente, uma incapacidade por ausência, mas sim a necessidade de proteção dos interesses do desaparecido.

<sup>153</sup> Veja-se: “Não havendo prova da precedência das mortes, a presunção legal é a da comoriência, ou seja, da simultaneidade de falecimentos, não havendo transmissão de direitos entre os comorientes” (TJ/RS, Ac. 8ª Câmara, Agr. Instr. 7000.5129416 – Comarca de Guaporé, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 28.11.2002).

<sup>154</sup> Havendo laudo médico, atestando o momento do óbito, deverá prevalecer, por conter presunção relativa de veracidade: “Prevalência do documento médico que atestou o momento do óbito do filho como posterior ao dos pais. Comoriência, tão só, quanto a estes. Desconstituição do atestado de óbito por ação própria, se for o caso” (TJ/SP, Ac. 3ª Câmara, Direito Privado, Agr. Instr. 144.514-4/1, Rel. Des. Alfredo Migliore, j. 18.4.2000, *Revista de Direito Privado* 6: 326).

<sup>155</sup> Apud CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 50.

<sup>156</sup> CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 35.

<sup>157</sup> AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: introdução e teoria geral*, op. cit., p. 235.

<sup>158</sup> Já se disse que os ausentes não são incapazes, tanto que gozam de plena capacidade de fato no lugar onde eventualmente estiverem. É o que sustentou MOREIRA ALVES, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 175.

A Codificação de 2002 conferiu disciplina distinta.

O instituto da ausência veio tratado de forma autônoma, notadamente nos arts. 22 a 39, emanando do art. 22 a sua ideia fundamental: “Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador”.

Note-se, desde já, que a ausência reclama declaração judicial, em procedimento especial de jurisdição voluntária (CPC, arts. 1.159 a 1.169), não bastando o desaparecimento de uma pessoa para a sua configuração.

A ausência pressupõe o desaparecimento de uma pessoa sem deixar notícias ou procurador (CC, art. 22). No entanto, mesmo que a pessoa desaparecida deixe mandatário, é possível que lhe seja declarada a ausência, quando este último não queira ou não possa exercer ou continuar exercendo o mandato, ou se os seus poderes conferidos forem insuficientes (CC, art. 23).

A sistemática emprestada pelo Código Civil organiza a declaração de ausência em três diferentes fases: (i) a curatela dos bens do ausente (arts. 22 a 25); (ii) a sucessão provisória (arts. 26 a 36); e (iii) a sucessão definitiva (arts. 37 a 39).

A primeira fase (*curatela dos bens do ausente*) tem início por provocação de qualquer interessado (cônjuge, companheiro, parente, credor...) ou do Ministério Público, dando conta ao juiz de que uma determinada pessoa desapareceu de seu domicílio, dela não havendo notícias. Comprovado o desaparecimento, o juiz, ouvido o Ministério Público, declara a ausência, determinando, na mesma decisão, *a arrecadação dos bens do ausente, a publicação de editais* durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando o levantamento dos bens e convocando o ausente a retomar a posse de seus bens (CPC, art. 1.161) e, finalmente, *nomeando um curador* para os bens do ausente.

Não há exigência legal de prazo mínimo de desaparecimento do ausente para que seja requerida a abertura do procedimento e a declaração de ausência. Basta que se demonstre o desaparecimento de alguém de seu domicílio em caráter excepcional.

Essa primeira fase é voltada à proteção do patrimônio do ausente, mitigando-se a proteção de terceiros. Exatamente por isso, é vedada a prática de qualquer ato de disposição pelo curador nomeado pelo juiz.<sup>159</sup>

Em síntese: desaparecendo alguém sem deixar notícia ou procurador, o juiz declarará a ausência, determinando a arrecadação dos bens, a publicação de editais e nomeando um curador para gerir o seu patrimônio, nos limites dos poderes e obrigações conferidos pela decisão. Aliás, bem percebe FÁBIO ULHOA COELHO que o curador não é administrador do ausente, “mas dos bens dele”.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> A partir dessas considerações, sustenta TARCISA ARACELI MARQUES PORTO que, durante a primeira fase do procedimento de ausência, “o intuito da lei foi o de preservar os bens do ausente, impedindo o seu perecimento” (*A ausência no novo Código Civil*, op. cit., p. 45).

<sup>160</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 223.

Naturalmente, incide na declaração de ausência a regra oriunda do *droit de saisine* (acolhida pelo Código Civil no art. 1.784), pela qual a lei que norteará a sucessão (provisória e definitiva do ausente, no caso) é aquela em vigor no momento de sua abertura, o que ocorre com o óbito. Desse modo, o procedimento de ausência estará submetido à lei vigente no momento da declaração de ausência, o que ocorre na primeira fase.

Em regra, o cônjuge – ou o companheiro – do ausente será o seu legítimo curador, salvo se houver separação judicial ou cartorária ou, ainda, se houver separação de fato há mais de dois anos. Em nosso visio, apesar da dicção do art. 25 do *Codex*, havendo separação de fato, independentemente de qualquer prazo, o cônjuge não mais será o curador. É que a simples ruptura da vida conjugal, independentemente de um prazo superior ou inferior a dois anos, já é suficiente para extinguir a afetividade existente entre eles e a mútua colaboração.

De outra banda, assegure-se que, apesar do indevido silêncio da lei civil, é possível afirmar que, havendo união estável, o companheiro pode ser nomeado curador do ausente. Veja-se, nesse passo, a conclusão 97 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 97, Jornada de Direito Civil:

“No que tange à tutela especial à família, devem ser estendidas as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge à situação jurídica que envolve o companheirismo, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil)”.

Não havendo cônjuge ou companheiro, a curadoria caberá aos ascendentes, e na falta destes, aos descendentes. Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos. Ausentes as pessoas mencionadas, a escolha do curador caberá ao juiz (CC, art. 25).

Contado o prazo de um ano da arrecadação dos bens, nos termos do art. 25 da Lei Civil, tem ensejo a segunda fase do procedimento de ausência, que diz respeito à *sucessão provisória*.

Essa segunda fase inicia-se com o pedido de abertura da sucessão provisória, que poderá ser apresentado em duas hipóteses: (i) decorrido o prazo de um ano da arrecadação de bens do ausente; (ii) transcorridos três anos da arrecadação, caso o ausente tenha deixado procurador. É certo que o passar do tempo diminui a probabilidade de retorno do ausente, permitindo, então, a lei que se promova uma transmissão provisória de seus bens.

Nessa fase de *sucessão provisória*, haverá uma transmissão precária do patrimônio do ausente, em favor de seus herdeiros. RODOLFO PAMPLONA FILHO e PABLO STOLZE GAGLIANO sustentam que “a ideia de provisoriedade da sucessão é uma cautela que se exige, ainda que se anteveja o provável falecimento real do ausente, uma vez que não se tem, realmente, ainda, certeza de tal fato”.<sup>161</sup>

<sup>161</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 34.

Têm legitimidade para requerer a abertura da sucessão provisória: (i) o cônjuge não separado, judicialmente ou em cartório; (ii) os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários; (iii) os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte; (iv) os credores de obrigações vencidas e não pagas (CC, art. 27). Caso tenha transcorrido o prazo previsto no art. 26 do *Codex* e não haja interessados na sucessão provisória, terá o Ministério Público legitimidade (residual) para requerer a abertura da sucessão provisória ao juiz competente (CC, art. 28, § 2º).

A sentença que declara a abertura da sucessão provisória só produz efeitos após 180 dias de sua publicação na imprensa, e somente com o seu trânsito em julgado proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e do inventário e da partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido. Entretanto, se não aparecer herdeiro ou interessado para requerer a abertura do inventário, no prazo de 30 dias depois do trânsito em julgado, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente na forma da declaração de herança jacente e vacante.

O Código Civil, em seu art. 30, considerando o caráter precário da transmissão operada na fase de sucessão provisória, exigiu a prestação de garantia pelos herdeiros, a fim de se imitirem na posse provisória dos bens do ausente, sob pena de exclusão. Tal regra, entretanto, é temperada pelo § 2º do próprio dispositivo, estabelecendo que os ascendentes, descendentes e o cônjuge ou companheiro (que são *herdeiros necessários*), desde que provem a sua qualidade de herdeiros, poderão obter a posse independentemente de caução. Também o art. 34 da Codificação abranda o rigor da norma ao permitir que o excluído (aquele que não prestou as garantias), desde que justifique a falta de recursos econômicos, possa requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos que lhe caberiam quanto ao seu respectivo quinhão.

No que tange aos *credores do ausente*, que vierem a requerer o pagamento de seus créditos nessa segunda fase, a transmissão ocorre em caráter definitivo, nada havendo a restituir ao ausente, no caso de retorno.

Exceto nos casos de desapropriação, os bens imóveis do ausente só poderão ser alienados ou hipotecados mediante autorização judicial, de modo a evitar a sua ruína (CC, art. 31).

Todos os frutos e rendimentos produzidos pelos bens que couberem ao descendente, ascendente ou cônjuge a eles pertencem. Já os demais sucessores deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, em conformidade com o art. 29 do Texto Codificado, com a anuência do Ministério Público e com prestação de contas ao juiz. Ressalte-se que, se o ausente aparecer e ficar caracterizado que a ausência foi voluntária e injustificada, ele perderá a sua parte nos frutos e rendimentos em favor do sucessor (CC, art. 33, parágrafo único).

Após dez anos do trânsito em julgado da sentença que reconheceu a abertura da sucessão provisória, os interessados poderão requerer a abertura da *sucessão definitiva*, iniciando a terceira e última fase do procedimento de ausência. Outra possibilidade de requerimento da sucessão definitiva ocorre quando o ausente está desaparecido há,



pelo menos, cinco anos e que já conte com 80 anos de idade, ao menos, pois a idade já avançada diminui a probabilidade de que ainda esteja vivo.

O transcurso do tempo acentua, sem dúvida, a presunção de óbito do ausente, justificando a transmissão do patrimônio em caráter definitivo. Nesse instante, a preocupação central do ordenamento jurídico é com os interesses dos herdeiros do ausente.

Na fase de *sucessão definitiva*, os interessados dirigem pedido ao juiz para que reconheça a transmissão em caráter definitivo, inclusive permitindo o levantamento das cauções prestadas (CC, art. 37). Nessa fase, obviamente, operando-se a transmissão em caráter definitivo (não precário), os herdeiros podem dispor livremente do domínio dos bens, ao contrário da fase de sucessão provisória. Porém, o domínio está sujeito à condição resolutiva, ou seja, se o ausente aparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, receberá os bens no estado em que se encontrem, os sub-rogados em seu lugar ou o preço que seus herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo (CPC, art. 1.168, e CC, art. 39).

Com o trânsito em julgado da sentença que reconhece a abertura da sucessão definitiva, haverá uma *presunção de morte* do ausente (CC, art. 6º, segunda parte).

Será devido o imposto de transmissão *causa mortis* por conta da morte presumida, uma vez que há transmissão patrimonial para os herdeiros. Aliás, esse é o entendimento cristalizado na Súmula 331 da Corte Maior:

Súmula 331, Supremo Tribunal Federal:

“É legítima a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário por morte presumida”.

Releva saber os efeitos do eventual retorno do ausente. A questão varia de acordo com o momento de seu regresso. Se o ausente reaparece na primeira fase (antes da sucessão provisória) nada acontecerá, uma vez que não decorreu qualquer efeito. Regressando na segunda fase, durante a sucessão provisória, receberá os bens no estado em que deixou, podendo levantar a caução prestada, na hipótese de ter ocorrido depreciação ou perecimento. Se houve melhoria, deverá indenizar os possuidores de boa-fé. Se o retorno ocorrer na terceira fase, já aberta a sucessão definitiva, receberá os bens no estado em que estão ou o que se sub-rogou em seu lugar. Porém, se o regresso do ausente ocorrer depois do prazo de dez anos da sentença que declarou aberta a sucessão definitiva, não haverá mais qualquer direito ao recebimento de bens.<sup>162</sup>

Historicamente, a proteção dedicada pelo legislador ao ausente restringia-se ao âmbito patrimonial,<sup>163</sup> sob a alegação de ser importante considerar o interesse social de preservação de seus bens. Bem por isso, é certo que a ausência continua a produzir

<sup>162</sup> Também assim: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 227.

<sup>163</sup> Chega mesmo a afirmar SÍLVIO RODRIGUES que o sistema jurídico pátrio almeja, por intermédio da ausência, “preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retorno; ao depois, transcorrido um período de tempo, sem que o ausente regresse, o legislador, desacoroçoado de esperar sua volta, passa a cuidar dos interesses de seus herdeiros” (*Direito Civil*, op. cit., p. 78).



efeitos patrimoniais, consistentes na *transmissão do patrimônio do ausente (em caráter provisório, primeiramente, e, depois, em caráter definitivo)* e no reconhecimento de *direito real de habitação* ao cônjuge ou companheiro do ausente (pelo qual o consorte sobrevivente tem o direito de permanecer residindo no imóvel que servia de lar para o casal durante a convivência).

Sob o império da norma constitucional, no entanto, reclamava-se o reconhecimento de uma proteção à pessoa do ausente, assegurando a sua intangível dignidade. Inspirado no movimento de constitucionalização das relações privadas, o Código Civil vigente se apartou da excessiva proteção ao patrimônio da pessoa desaparecida para, com caráter inovador, permitir a dissolução do casamento pela presunção de morte. Dessa maneira, conciliou-se o instituto da ausência com o princípio constitucional da facilitação da dissolução do casamento (a dissolubilidade do matrimônio, contida no art. 226, § 6º, da Constituição Federal). Expressamente, o § 1º do art. 1.571 da Lei Civil, inovando em relação à matéria, permitiu que a morte presumida (obtida através da declaração de ausência) produza os mesmos efeitos da morte real em relação à dissolução do casamento. Reza, *in litteris*, o dispositivo codificado: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente”.

Assim, uma vez reconhecida, por decisão judicial, a morte presumida, restará dissolvido, automaticamente, o casamento do ausente, como efeito anexo, natural, da sentença declaratória. Por conseguinte, o cônjuge do ausente passa ao estado civil de *viúvo presumido*, podendo, por óbvio, contrair novo casamento ou constituir uma união estável.

Interessante discussão diz respeito ao momento em que ocorre a efetiva dissolução do casamento em razão da declaração de ausência. Posição majoritária, em sede de doutrina, tem procurado fixar o momento da dissolução do casamento do ausente na terceira e última etapa da ausência (CC, arts. 6º e 37), que ocorre com a abertura da sucessão definitiva. Funda-se tal posicionamento no comando do art. 6º da Codificação, estabelecendo que a partir da sentença que reconhece a abertura da sucessão definitiva decorrem os efeitos da morte, no caso de ausência.<sup>164</sup>

*Permissa maxima venia*, o referido entendimento não deve prevalecer, por não estar ancorado na absorção dos valores emanados da norma constitucional, fazendo com que o referido instituto situe-se à margem da legalidade constitucional. Efetivamente, é de se destacar que, reconhecida a ausência, impõe-se ao ordenamento jurídico buscar, a todo modo, a reconstrução familiar no plano material e afetivo, resguardando a dignidade de cada um dos membros daquele núcleo. Por isso, é de se compreender a existência de dois diferentes efeitos decorrentes do reconhecimento da ausência: para fins patrimoniais, aplicando-se o art. 6º do Código Civil, a ausência produz efeitos a partir da declaração de sucessão definitiva, que ocorrerá depois de dez anos contados da decisão que reconheceu a ausência; no entanto, os efeitos pessoais e familiares decorrem da abertura da sucessão provisória, após o lapso temporal de um ano, contado

<sup>164</sup> Art. 6º, Código Civil: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

do reconhecimento da ausência.<sup>165</sup> Se assim não for, o instituto, inclusive, perderá o sentido, uma vez que o cônjuge do ausente, pretendendo reconstruir afetivamente a sua vida, pode se valer, de qualquer sorte, do divórcio direto, após o decurso do prazo de dois anos de separação de fato. Assim, na hipótese de o casamento não estar dissolvido na declaração de abertura da sucessão provisória (após um ano do reconhecimento da ausência), retirar-se-ia, por via oblíqua, a utilidade do instituto. Veja-se, ademais, que essa solução, inclusive, respeita, com maior amplitude, o direito constitucional à herança (art. 5º, XXX, CF/88), já que o cônjuge do ausente não estará dele separado de fato há mais de dois anos, o que implicaria em perda do seu direito sucessório, a teor do art. 1.830 do Código Civil.

Outra curiosa situação a ser aqui tratada diz respeito aos efeitos decorrentes do possível retorno do ausente. Retornando o ausente (depois da extinção de seu casamento que, repetimos, para nós, ocorrerá no momento de declaração da sucessão provisória, deixando os efeitos previstos no art. 6º do Código Civil somente para fins patrimoniais), como ficaria a sua situação jurídica familiar? A resposta nos parece ser: *nada*. O retorno do ausente, em nosso sentir, não afeta a dissolução que se operou do seu casamento, decorrente da declaração de ausência e, por conseguinte, mantêm-se intactos a validade e a eficácia de um eventual matrimônio celebrado pelo seu ex-consorte durante o período de ausência.

Corroborando desse entendimento, após promover interessante investigação da matéria no direito comparado, ZENO VELOSO arremata propondo a inserção de um dispositivo na Lei Civil com a seguinte redação: “Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido”.<sup>166</sup>

A melhor solução, portanto, é o reconhecimento da *irreversibilidade* dos efeitos da dissolução do casamento do ausente, independentemente de seu ex-consorte contrair, ou não, novas núpcias. Logo, se o ausente retorna e o seu cônjuge não casou novamente, para que retomem a vida nupcial, será preciso novo matrimônio.

Em arremate, concluindo o estudo da ausência, vale transcrever trecho dos ensinamentos de BÁRBARA ALMEIDA DE ARAÚJO, no comentário do escopo axiológico desse instituto: “A família, de acordo com a disciplina constitucional, passa a ser tutelada na medida em que serve de promoção da personalidade dos seus integrantes, deixando-se de lado os objetivos institucionais do passado, de proteção ‘supraindividual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa’. Nesta perspectiva, se propõe uma releitura da ausência não tão apegada à segurança do patrimônio mas à reconstrução da família, atingida pelo desaparecimento de um de seus membros. Deverá o ordenamento jurídico buscar a realização de seus integrantes, filhos e cônjuges, permitindo a produção de efeitos da declaração da morte presumida

<sup>165</sup> Sustentando esse entendimento, também, remeta-se ao texto de JAYME DE SOUZA VIEIRA LIMA FILHO. “O momento da dissolução do casamento do ausente”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Leituras Complementares de Direito Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

<sup>166</sup> VELOSO, Zeno. “Novo casamento do cônjuge do ausente”, op. cit., p. 53.

nas esferas pessoal, patrimonial e familiar. Assim, merecem estudo não apenas a sucessão de bens do ausente, mas a dissolução da sociedade conjugal e da união estável, a questão do poder familiar em relação aos filhos menores, de sua tutela, na hipótese de falta de ambos os pais, e outros aspectos existenciais que transcendem os interesses patrimoniais”.<sup>167</sup>

## 10

### DOMICÍLIO DA PESSOA NATURAL (FORO)

As relações sociais são dinâmicas e os fatos sociais estão em constante alteração. Interesse, pois, ao Direito fixar um local onde, presumivelmente, serão encontradas as pessoas. Esse lugar é o que se denomina *domicílio* ou *foro*, correspondendo, portanto, à sede jurídica da pessoa, ao local onde ela se presume presente, praticando atos da vida civil.

Na visão civil-constitucional, reforça-se a importância do domicílio em face da grande ameaça da vida “tornar-se pública”, passando a casa a representar “o refúgio dos refúgios”, acobertada pela inarredável característica da *inviolabilidade*, tornando-se uma “fortaleza da *privacy*, verdadeiro templo das coisas íntimas”.<sup>168</sup>

Por isso, é lícito vislumbrar que a regulamentação legal do domicílio corresponde, em última análise, à projeção da *proteção constitucional da própria pessoa humana*,<sup>169</sup> eis que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (CF, art. 5º, XI). Pode-se afirmar, sem a menor sombra de dúvidas, que a *disciplina jurídica do domicílio visa à preservação da vida privada da pessoa humana*, garantindo a dignidade humana afirmada constitucionalmente.

Aliás, o Pretório Excelso já afirmou que a proteção ao domicílio, através de um amplo conceito jurídico de casa, “revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal” (STF, AP370-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 162: 249-50).

Mais incisiva, ROSA MARIA ANDRADE NERY chega mesmo a disparar que “a pretensão de morar e estruturar-se em seu *domicílio* é algo que convive com os sentimentos mais íntimos da pessoa, é anseio natural do ser humano e fomenta incessante busca do homem em direção da estabilidade material que lhe permita resguardo moral de sua dignidade”.<sup>170</sup>

Há, portanto, uma garantia constitucional ao domicílio como corolário da afirmação da proteção à dignidade humana.

Doutrinariamente, tem-se promovido a distinção entre *domicílio* e os conceitos de *residência* e de *habitação* ou *moradia* ou *estada*. Esta (a *moradia*) seria mera relação de fato, o local em que se está acidentalmente (é o exemplo de uma casa de praia, sem ânimo

<sup>167</sup> ARAÚJO, Bárbara Almeida de. “A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional”, op. cit., p. 82.

<sup>168</sup> Excertos extraídos da primorosa lição de BRUNO LEWICKI, invocando passagens doutrinárias de MICHELE PERROT e GONCOURT, no belíssimo texto “O domicílio no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 124-125.

<sup>169</sup> LEWICKI, Bruno. “O domicílio no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 124.

<sup>170</sup> NERY, Rosa Maria Andrade. “Preservação do direito ao domicílio”, op. cit., p. 54.

de nela permanecer). Aquela (a *residência*), por seu turno, seria o lugar em que a pessoa habita, com a intenção de permanecer, mesmo que se ausente eventualmente.<sup>171</sup> Já o *domicílio* seria o centro habitual de negócios jurídicos da pessoa, a sua sede jurídica.

O conceito legal de domicílio, entretanto, contemplado no Código Civil, discrepa da definição apresentada pela doutrina. Para a Lei Civil, em seu art. 70, domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece sua residência com ânimo definitivo, evidenciando a adoção do critério do local da residência. Desse modo, dois elementos podem ser extraídos da definição legal de domicílio: um de índole *objetiva* (a fixação da residência) e outro de natureza *subjetiva* (o ânimo de permanecer naquele local e de ali ter a sede de suas atividades).<sup>172</sup>

Assim, defluindo do texto legal, domicílio “é o lugar em que a pessoa atua na vida jurídica”, na visão objetiva de SÍLVIO RODRIGUES.<sup>173</sup>

Todavia, o entendimento doutrinário, como visto alhures, abandona como parâmetro o critério do lugar da residência, fundando sua ideia de domicílio no lugar onde a pessoa tem o centro das suas atividades ou dela faz centro de suas relações jurídicas. Assim sendo, em sede doutrinária, embora seja possível haver coincidência entre os conceitos de residência e domicílio, não é necessário que ocorra tal similitude. Não é, repita-se à exaustão, a opção do legislador, que prefere entender domicílio como a residência fixada com intenção de definitividade.

Em nossa ordem jurídica, é possível o domicílio múltiplo, considerando-se como tal qualquer deles. Tendo mais de um (ou não sendo possível determinar onde tem domicílio), considera-se como domiciliada a pessoa onde for encontrada. É o que emana da dicção do art. 71 do *Codex*: “Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas”.

Ao lado da possibilidade de *pluralidade de domicílios*, é de se fazer referência ao disposto no art. 73 do *Pergaminho Civil*, que estabelece ser domiciliada a pessoa natural que não tenha residência habitual, no “lugar onde for encontrada”. É o que se convencionou chamar de domicílio ocasional ou domicílio aparente.<sup>174</sup>

Classifica-se o domicílio em:

- i) *necessário* ou *legal*, advindo de determinação de lei, em face de situação ou condição de certas pessoas. É o art. 76 do Código Civil quem estabelece o elenco

<sup>171</sup> Nesse sentido, consulte-se MARIA HELENA DINIZ, para quem na habitação ou moradia tem-se “uma mera relação de fato, ou seja, é o local em que a pessoa permanece acidentalmente”, enquanto a residência seria “lugar em que habita com intenção de permanecer, mesmo dele se ausentando temporariamente” e, finalmente, domicílio seria “conceito jurídico, por ser o local onde a pessoa responde, permanentemente, por seus negócios” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 194-195). Também distinguem os conceitos, SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil*, op. cit., p. 159, e RENAN LOTUFO. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 181-182, afirmando, este último, que “o domicílio distingue-se da residência”.

<sup>172</sup> Anui a esse ponto de vista SAN TIAGO DANTAS, afirmando categoricamente que o domicílio é a sede da personalidade, sendo verdadeiro “centro espacial de sua vida jurídica”. Cf. *Programa de Direito Civil*, op. cit., p. 159.

<sup>173</sup> RODRIGUES, Sílvia. *Direito Civil*, op. cit., p. 104.

<sup>174</sup> É o pensamento de SÍLVIO RODRIGUES, citando VICENTE RÁO. *Direito Civil*, op. cit., p. 108.

das hipóteses de *domicílio legal*: o do recém-nascido, é o domicílio dos pais; o incapaz tem como domicílio o de seu representante ou assistente; o itinerante, onde for encontrado; o militar em serviço, onde servir e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o servidor público, onde exercer permanentemente as suas funções; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; o preso, onde cumprir pena;

- ii) *voluntário*, que, por sua vez, pode ser *geral*, aquele escolhido livremente pela pessoa, ou *especial*, também dito *de eleição*, correspondendo à indicação contratual de um local para dirimir eventuais conflitos oriundos daquele negócio jurídico, atendendo aos interesses das partes, não precisando corresponder, necessariamente, ao domicílio de uma das partes envolvidas no contrato (CC, art. 78).

Importante aludir ao fato de que a cláusula contratual de foro de eleição, em contrato de consumo, é *nula de pleno direito*, em conformidade com o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, se vier a estabelecer prejuízo ao hipossuficiente e vulnerável (o consumidor). Aliás, já se consolidou jurisprudencialmente o entendimento de que, sendo nula de pleno direito, poderá o juiz declarar, de ofício inclusive, a nulidade da cláusula e remeter ao juízo competente, declarando-se incompetente, porque, nesse caso, a competência passa a ser fixada por regra absoluta.<sup>175</sup> É que a cláusula de eleição de foro somente tem eficácia plena quando houver inteira liberdade de contratar (autonomia da vontade). Limitada a liberdade, não pode prevalecer a cláusula de eleição de foro em detrimento do consumidor (ou do aderente, em termos gerais). Ilustrativamente, traz-se à liça:

“É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando gerar maior ônus para a parte hipossuficiente defender-se em ação de reintegração de posse que envolva relação de consumo, em local distante daquele em que reside” (STJ, CComp. 30.712/SP, Ac. 2ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.6.2002, DJU 30.9.2002, RT 809: 212).

“Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do Enunciado 33 da Súmula do STJ” (STJ, CComp. 19.105/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 15.3.1999).<sup>176</sup>

Incorporando essa orientação que, de há muito, é pacífica em sede jurisprudencial, foi inserido o parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil (de acordo com a Lei nº 11.280/06), com a seguinte redação: “A nulidade da cláusula de eleição de foro,

<sup>175</sup> É inaplicável ao caso a Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, impedindo o juiz de declarar, *ex officio*, a incompetência relativa: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

<sup>176</sup> No mesmo caminho, encontra-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência 19.301/MG, relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., publicada no DJU de 17.2.1999, afirmando a “prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante sua defesa em juízo”.

em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”.

Com a novidade legislativa, mitiga-se a aplicação da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça, admitindo-se que o juiz, de ofício, reconheça a sua incompetência relativa, no caso de foro de eleição em contrato de adesão. Aliás, aponte-se que a lei transcorreu, inclusive, a própria orientação jurisprudencial, permitindo que o juiz reconheça a incompetência territorial não apenas nos contratos de consumo, mas em todo e qualquer contrato de adesão, mesmo naqueles não consumeristas.

Significativas são as palavras de DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES a respeito do tema: “Parece bastante claro que o objetivo do legislador com a previsão contida no art. 112, parágrafo único, do CPC foi de proteger o réu que, participando de um contrato de adesão, concorda com cláusula abusiva de eleição de foro. Não se pode negar que, uma vez citado, e apresentada a exceção de incompetência”, o réu-aderente poderá ver reconhecida a nulidade da “cláusula de eleição de foro e com isso o processo será remetido ao foro de seu domicílio de qualquer forma”.<sup>177</sup>

Merece referência, outrossim, o denominado *domicílio profissional*, que, não tratado no Código Civil revogado, está contemplado no art. 72 da Lei de 2002: “É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida”. Acrescente-se que, “se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem” (CC, art. 72, parágrafo único). Trata-se, sem dúvida, de salutar inovação em razão de frequente fenômeno de transumância, especialmente nos grandes centros urbanos, onde muitos profissionais, embora centrem suas atividades na metrópole, optam por fixar residência em cidades vizinhas menores, em busca de tranquilidade. Haverá, nesse caso, nítida multiplicidade de domicílios. Por óbvio, se o profissional exercer atividades em mais de um local, será domiciliado em cada um deles no que pertine às relações jurídicas que ali travou.

Perde-se o domicílio (CC, art. 74) pela mudança, com a transferência da residência, por determinação de lei ou por contrato (quando for caso de foro de eleição).

O mais importante efeito prático da definição do domicílio consiste, como bem percebe PAULO NADER, “na indicação do lugar onde as obrigações contraídas deverão ser cumpridas, bem assim o foro da comarca onde eventual ação correspondente deverá ter o seu curso”.<sup>178</sup> Vale lembrar, por oportuno, que o art. 94 do Código de Processo Civil indica o foro do domicílio do réu como a regra geral para a fixação da competência para processar e julgar as ações propostas.

Não obstante, a ação de reparação de danos (responsabilização civil) proposta pelo consumidor em desfavor do fornecedor de produtos e serviços pode ser ajuizada no domicílio do autor, nos termos do art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>177</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Reforma do CPC*, op. cit., p. 413.

<sup>178</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 257.



Trata-se, de qualquer sorte, de hipótese de competência relativa, podendo o consumidor aforar a ação no domicílio do réu (fornecedor).

Já nos contratos de locação de imóveis urbanos, por força do permissivo do art. 58, II, da Lei nº 8.245/91, é válida a eleição de foro contratual, salvo se abusiva (CC, art. 187). No silêncio do contrato, a competência para dirimir conflitos resultantes da locação será do foro do lugar da situação do imóvel.

Outras consequências importantes decorrentes da fixação do domicílio podem ser lembradas: (i) determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família (LICC, art. 7º); (ii) estabelece o local onde será aberta a sucessão hereditária e proposto o inventário (CC, art. 1.785, e CPC, art. 96);<sup>179</sup> (iii) fixa o local onde a pessoa deverá cumprir suas obrigações (CC, art. 327), sendo o lugar do pagamento.

De acordo com o art. 1.569 do Texto Codificado, o domicílio conjugal não é mais fixado em razão do marido, em respeito à norma constitucional que estabelece a igualdade substancial entre o homem e a mulher (art. 226, § 5º). Desde a *Lex Mater*, cabe ao casal a escolha do lugar de domicílio da família. Havendo discordância entre os cônjuges, o juiz deverá dirimir o conflito, como explicita o art. 1.567, parágrafo único, do novo Código Civil. Poderão o marido e a mulher, no entanto, ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão ou a interesses particulares relevantes, sem que implique quebra do dever conjugal de coabitação (vida em comum no domicílio conjugal), imposto pelo recodificador, no art. 1.566, II.

<sup>179</sup> Trata-se de hipótese de *competência relativa*, como consagrou a jurisprudência: “A competência para o processo sucessório é relativa, não podendo ser arguida de ofício” (STJ, Ac. Unân., 2ª Seção, CC 13.646-6, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 9.8.1995, DJU 25.9.1995, p. 31059). Assim, é absolutamente possível a prorrogação da competência para processar e julgar o inventário, pela vontade das partes, não sendo dado ao juiz, nem ao órgão do Ministério Público, que funcionará como *custos legis*, impugnar a escolha do domicílio realizada das partes. Veja-se, finalmente, que o entendimento aqui esposado já foi, inclusive, cristalizado na Súmula 58 do antigo TFR (órgão do Judiciário substituído pelo STJ), vazado em termos precisos: “Não é absoluta a competência definida no art. 96, do Código de Processo Civil, relativamente à abertura de inventário, ainda que existente interesse de menor, podendo a ação ser ajuizada em foro diverso do domicílio do inventariado”.



# V

## A PESSOA JURÍDICA

### SUMÁRIO

1 Noções preliminares: do reconhecimento da personalidade jurídica a agrupamentos humanos à função social da empresa (a pessoa jurídica na visão civil-constitucional). 2 Escorço histórico. 3 Conceito e elementos caracterizadores. 4 Características. 5 Natureza jurídica. 6 Classificação. 6.1 Quanto à nacionalidade. 6.2 Quanto à estrutura interna. 6.3 Quanto às funções exercidas. 7 Começo da existência da pessoa jurídica. 8 Grupos despersonalizados (ou entes despersonalizados). 9 Capacidade e direitos da personalidade da pessoa jurídica. 10 Domicílio. 11 Responsabilidade civil e penal da pessoa jurídica. 11.1 Noções gerais e teoria da aparência. 11.2 Responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público. 11.3 Responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado. 11.4 Responsabilidade penal da pessoa jurídica. 12 Modificação da pessoa jurídica. 13 Extinção da pessoa jurídica. 14 Desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). 14.1 Noções conceituais e fundamento. 14.2 Breve referência histórica. 14.3 Noções conceituais. 14.4 As teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica. 14.5 Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. 14.6 A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 14.7 Desconsideração inversa. 14.8 O caráter episódico do *disregard doctrine*. 14.9 A desconsideração e as *offshore companies*. 14.10 Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 14.11 Desconsideração da personalidade jurídica e os atos *ultra vires*. 14.12 A desconsideração expansiva da personalidade jurídica. 14.13 Aplicação da teoria do *disregard* no direito das famílias. 14.14 Aplicação da teoria do *disregard* no direito das sucessões. 14.15 Aplicação da teoria do *disregard* no âmbito do direito do trabalho. 14.16 Aplicação da teoria do *disregard* no âmbito da administração pública. 14.17 Desconsideração e a declaração de indisponibilidade de bens na liquidação extrajudicial de instituições financeiras. 14.18 Subcapitalização e desconsideração da personalidade jurídica. 14.19 Desconsideração indireta da personalidade jurídica.

*“Monsieur Dupont trouxe o dossiê e a Benetton topou patrocinar; a Sanyo garantiu o som do baticum lá na beira do mar... Mas se você quiser saber a Warner gravou e a Globo vai passar... Foi a GE quem iluminou e a MacIntosh entrou com o vatapá; o JB fez a crítica e o cardeal deu ordem pra fechar; o Carrefour, digo o Baticum, da Benetton, não, da beira do mar.”*

*(Baticum, de CHICO BUARQUE DE HOLLANDA e GILBERTO GIL)*

# 1

## NOÇÕES PRELIMINARES: DO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA A AGRUPAMENTOS HUMANOS À FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA (A PESSOA JURÍDICA NA VISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL)

Por força de suas complicações jurídicas, é tema dos mais fascinantes na atualidade o tratamento emprestado à pessoa jurídica. Questões palpitantes como a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o reconhecimento dos direitos da personalidade e a responsabilização penal demonstram a importância e complexidade da matéria.

Vislumbra-se, dessa maneira, a importância da discussão do tema, reclamando soluções que respeitem a tábua axiológica constitucional, especialmente no que concerne à afirmação da dignidade humana.

Pois bem, é indubitosa a necessidade de emprestar personalidade jurídica a agrupamentos humanos. Pela impossibilidade de exercer, realizar, por si só, certas atividades e atingir determinadas finalidades que ultrapassam suas forças e limites, a pessoa natural precisa se unir a outras pessoas humanas, formando grupos com desiderato próprio. A essas entidades o ordenamento jurídico empresta autonomia e independência, dotando-as de estrutura própria e personalidade jurídica distinta daqueles que a instituíram.

Surge, portanto, a pessoa jurídica das próprias necessidades sociais. Tem como pano de fundo a tendência humana ao convívio em grupos (não se pode olvidar que o homem é um ser gregário) e a imprescindibilidade da cooperação de mais de uma pessoa para a consecução de determinadas atividades.

É nesse passo que o ordenamento jurídico também atribui personalidade – e, via de consequência, capacidade para titularizar relações jurídicas e praticar atos da vida civil – a entes morais, surgidos a partir da vontade humana. Nasce, assim, a pessoa jurídica como fruto de um fenômeno cultural e social, ao revés das pessoas humanas, que são oriundas de um processo biológico (ou afetivo), mesmo quando tenham a participação construtiva do homem, como nas hipóteses de fecundação assistida medicamente, por fertilização *in vitro* ou inseminação artificial.

Derivam, assim, tais entidades da união de pessoas naturais ou de pessoas naturais e patrimônios destinados a um fim específico, no exemplo das fundações.

Por isso, bem assinala WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que duas forças marcam, particularmente, a compreensão da pessoa jurídica: a “tendência humana para o convívio social e as vantagens para a soma de forças”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Desse entendimento não discrepa o mestre mineiro CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para quem “o sentimento gregário do homem permite afirmar que a associação é inerente à natureza, corrigindo-lhe as fraquezas e suprimindo com a sua continuidade a brevidade da vida. O espírito criador engendra então entidades coletivas, resultantes de um agregado de pessoas ou de um acervo de bens, por via dos quais logra a obtenção de resultados mais positivos e mais amplos do que consegue o esforço individual isolado” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 297).

Observe-se que a Codificação vigente deu tratamento mais sistemático e simples à matéria ao estabelecer que as pessoas jurídicas podem ser de direito público, interno ou externo, e de direito privado, sendo estas últimas constituídas de associações, sociedades e fundações. Ao revés do Código anterior, o novo diploma legal traça mais claramente os contornos de cada uma dessas entidades, evitando confusões surgidas sob a égide da antiga legislação.

Nessa esteira, vale a lembrança de que o Código vigente concedeu às pessoas jurídicas de direito privado já existentes, como, por exemplo, as associações, prazo para adaptar seus instrumentos sociais às novas regras, conforme previsão da Lei nº 12.441/11, sob pena de serem tratadas como meras sociedades irregulares. Explicam LUCIANO FIGUEIREDO e ROBERTO FIGUEIREDO que “como os atos constitutivos são modalidade contratual, deve-se curvar a validade e existência às normas da época da confecção – se antes do Código atual, às disposições do Código Civil de 1916 –, e adequar-se a eficácia das leis atuais. Portanto, apenas a análise do caso concreto permitirá verificar se há, ou não, necessidade de adequação”<sup>2</sup> dos instrumentos societários.

Também não se deve olvidar, dentro de uma perspectiva civil-constitucional, que a pessoa jurídica deve curvar-se ao princípio solar da *dignidade da pessoa humana*, mola de propulsão do sistema jurídico brasileiro, e desempenhar uma *função social*, vocacionada para o cumprimento das atividades para as quais foi criada, exercendo-as dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade sob pena de incidir em abuso de direito, consoante bem dispõe o art. 187 do Código Civil.

É tempo de afirmar a necessidade de atendimento de uma *função social a ser desempenhada pela empresa (pessoa jurídica)*, seja ela qual for, submetendo as atividades econômicas, notadamente capitalistas, no mundo contemporâneo, ao império protetivo da pessoa humana.

Com espírito inovador e antevendo a hierarquia da norma constitucional, confirmando o entendimento aqui defendido, MARCOS ALBERTO SANT’ANNA BITELLI oblitera que “a função social da empresa no novo milênio, atribuindo pesos diferentes e proporcionais às forças das próprias organizações empresariais, deveria migrar para um conceito de responsabilidade social”, imprimindo maior relevo ao aspecto ético da relação jurídico-social, que passa a submeter-se ao grande *pacto de solidariedade social* determinado pelo art. 3º do Texto Maior, sempre antevendo as condições de bem-estar da vida humana.<sup>3</sup>

A teoria da *função social da empresa* traz consigo a ideia do estabelecimento de comportamentos empresariais, positivos e negativos, instrumentalizando a utilização do capital a favor da pessoa humana.

Não foi por outro motivo que a Constituição de 1988 tratou da atividade econômica, submetendo a ordem econômica à valorização do trabalho humano, da função social da

<sup>2</sup> FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 161.

<sup>3</sup> BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. “Da função social para a responsabilidade da empresa”, op. cit., p. 269.

propriedade, redução das desigualdades sociais e regionais e da livre iniciativa e tendendo à afirmação da dignidade da pessoa humana, conforme orientação do art. 170.<sup>4</sup>

Inserida, pois, a empresa na engrenagem da ordem econômica, como agente de atividade produtiva, estará, inexoravelmente, comprometida, por mandamento do Pacto Social de 1988, com o atendimento de uma *função social*, que é princípio constitucional.<sup>5</sup>

Em visão simbólica e análoga, é possível promover um paralelo entre a *função social da empresa* e a *função social da propriedade*. Assim como o proprietário tem de *funcionalizar* o exercício de seu direito de propriedade, para que possa dispor da proteção legal, o empresário assume o compromisso de emprestar *função social* ao seu empreendimento (seja ele de que natureza for), sob pena de não contar com a proteção disponibilizada pelo ordenamento.

Nesse sentido, cristalizou-se entendimento no Enunciado 53 da Jornada de Direito Civil: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”.

Exemplificando, observa-se a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50, e CDC, art. 28) quando os sócios desatendem à função social da empresa, utilizando abusivamente da empresa, ou mesmo a possibilidade de extinção da pessoa jurídica, pela ilicitude de sua finalidade ou prejuízo social gerado. Outra situação atentatória à função social da empresa é a concorrência desleal, combatida constitucionalmente (art. 174) e pela Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94), impedindo que grandes complexos empresariais possam aniquilar a micro e pequena empresa. É o respeito, inclusive, ao princípio da *igualdade substancial* (CF, arts. 3º e 5º).

Outro excelente exemplo da incidência da função social da empresa pode ser colhido das Leis nºs 10.048/00 e 10.098/00 que, visando a proteção da pessoa com deficiência, impõem a toda e qualquer pessoa jurídica, de direito público ou de direito privado, adaptar as suas instalações físicas à garantia de acessibilidade. Assim, cada empresa,<sup>6</sup> mesmo sem receber subsídios financeiros governamentais, terá de se adaptar à acessibilidade, cumprindo uma verdadeira *finalidade social*. Também é o caso da garantia de

<sup>4</sup> CF, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

<sup>5</sup> Também entendendo ser a função social da empresa um princípio verdadeiramente de índole constitucional, veja-se o fundamentado texto de BITELLI. “Da função social para a responsabilidade da empresa”, op. cit., p. 253.

<sup>6</sup> Por questões didáticas, opta-se, nesta obra, por utilizar as expressões *empresa* e *sociedade empresária* como sinônimas (o que se fará doravante), malgrado seja certa e incontroversa a distinção terminológica e substancial dos conceitos. A título de esclarecimento, a respeito da matéria tratada, é interessante trazer a lume a distinção promovida, em sede doutrinária, por JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA: “A empresa é atividade econômica organizada e o empresário é o agente dessa atividade, seja este uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica” (*Direito Societário*, op. cit., p. 13).

meia-entrada em espetáculos culturais em favor de estudantes, impondo às empresas organizadoras de eventos culturais o atendimento de uma função nitidamente social.

Não se trata de obstaculizar o lucro ou mesmo transferir responsabilidades estatais para o particular, em caráter assistencial. Até porque a função social não incide sobre o lucro (isto é, sobre os fins empresariais), mas sobre os meios para a obtenção da finalidade almejada. Não. A função social da empresa impõe *responsabilidade social* aos empresários, servindo como anteparo, barreira, para impedir que o intuito lucrativo venha a violar direitos fundamentais da pessoa humana e interesses coletivos. É a vedação da prática das chamadas “vendas casadas”, da formação de cartéis, dos danos ao meio ambiente, ao mesmo tempo em que se exige a promoção de atividades sociais, justificando a concessão da personalidade jurídica às empresas.

Trata-se, em concreto, de uma *necessidade de racionalidade econômica nas atividades empresariais*.

É a afirmação da *empresarialidade responsável*,<sup>7</sup> comprometida com valores humanitários e sociais, como corolário da função social da empresa, submetendo às diretrizes constitucionais toda e qualquer atividade econômica exercida no território nacional.

A função social da empresa é, nessa linha de inteligência, *a atribuição de um conteúdo ético às atividades empresariais, distribuindo responsabilidade social, proporcionais às forças das próprias organizações, com o escopo de engajar as pessoas jurídicas na garantia de uma qualidade básica de vida digna*. É que o Texto Constitucional, ao estabelecer diretrizes ao exercício da atividade econômica, pretendeu coibir o uso do poder empresarial (mais forte do que muitos Estados) para impor danos ao consumidor, ao meio ambiente, aos deficientes físicos, aos menos providos de cultura etc. Enfim, combate a Constituição da República tudo que possa servir ao aniquilamento da dignidade da espécie humana (valendo do contundente *Brado de Alerta*, do francês GABRIEL MARCEL).

O exercício de atividade econômica e empresarial tem de estar em harmonia com as diretrizes estabelecidas no art. 170 da *Lex Legum* e, por toda evidência, com os princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *solidariedade social*, esculpidos nos arts. 1º e 3º.<sup>8</sup>

Aliás, essa harmonia entre a atividade desenvolvida pela empresa e os valores constitucionais, decorrente da *empresarialidade responsável*, deve ser observada tanto no prisma interno da empresa (respeito ao direito de minoria, cumprimento das garantias trabalhistas reconhecidas aos seus colaboradores etc.), quanto no âmbito exógeno (atendimento da legislação consumerista, respeito aos limites do direito de concorrência...).

Bem por isso, a violação da função social da empresa pode implicar em limitações no exercício da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica<sup>9</sup> ou mesmo pode gerar a sua extinção, pela perda da essência da sua atividade.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> A terminologia é empregada por EDUARDO TEIXEIRA FARAH. “A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social”, op. cit., p. 709.

<sup>8</sup> FARAH, Eduardo Teixeira. “A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social”, op. cit., p. 675.

<sup>9</sup> “Decisão que reconheceu o direito de o médico internar e assistir os seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte de seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição. Função social da propriedade. Livre exercício de qualquer trabalho e saúde como direito de todos (art. 196)” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 27.039/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 7.2.1994).

<sup>10</sup> “O sistema jurídico autoriza a dissolução, para o bem comum, de associação de torcedores que, perdendo a ideologia primitiva (incentivo a uma equipe esportiva), transformou-se em instituição organizada para a

Enfim, é o império do *ser* sobrepujando o *ter*! Enfim, é a *despatrimonialização do Direito Civil*, que passa a ter como grande referência a tutela da pessoa humana.

Assim sendo, a visão moderna da pessoa jurídica, enxergada sob o prisma empresarial, ligada à circulação de capital, contempla a sua *responsabilização social*, conferindo-lhe visão funcionalizada, compatibilizada com o ambiente em que desempenha seu papel social.

## 2 ESCORÇO HISTÓRICO

Não há referência à pessoa jurídica na Antiga Roma ou mesmo no Direito germânico, somente podendo ser mencionada, já no Império Romano, a notícia sobre a existência das *universitates* ou *collegias* (grupos de estudos), sem qualquer personalidade reconhecida pela ordem jurídica.

Bem por isso, infere-se que os contornos teóricos da pessoa jurídica, com o seu significado contemporâneo, são de construção recente na história do direito.<sup>11</sup>

Sobre a evolução da pessoa jurídica, vale a pena invocar a preciosa lição de ARNOLD WALD, para quem “o conceito de pessoa jurídica não se firmou definitivamente no direito romano, reconhecendo-se, todavia, personalidade ou capacidade jurídica ao Estado, aos municípios, ao Fisco e, no campo do direito privado, a certas sociedades e fundações [...] encontram-se no *Digesto* os princípios básicos que ainda hoje regem as pessoas jurídicas, distinguindo-se, já naquela época, o patrimônio social do patrimônio individual dos membros da sociedade. Devemos salientar, todavia, que, para o direito romano, a personalidade jurídica dependia de reconhecimento pelo Estado, que assim podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades e a grupos sociais. [...] No Direito Medieval coube aos canonistas desenvolver e hipertrofiar o conceito de pessoa jurídica, a fim de atender à necessidade de organização interna da igreja. A pessoa jurídica é, então, definida como *persona ficta* ou *corpus mysticum*, pelos canonistas, que nela percebem uma realidade distinta e superior à soma dos seus membros, enquanto, para os glosadores, que anotavam os textos romanos, as corporações são apenas o conjunto de seus associados, sem terem qualquer unidade própria”.<sup>12</sup>

Foi no Direito Canônico, assim, que primeiro se fez referência expressa, em sede legal, às pessoas jurídicas, através de organismos intitulados *corpus mysticum*, que eram grupos eclesiásticos com patrimônio próprio, voltados a atividades religiosas.

difusão do pânico e terror em espetáculos esportivos, uma ilicitude que compromete o esforço do direito em manter o equilíbrio de forças para o exercício da cidadania digna (CF, arts. 1º, III, e 217). Incidência do art. 21, III, do CC/16 para selar o fim do ciclo existencial do Grêmio Gaviões da Fiel Torcida” (TJ/SP, Ac. 3ª Câmara, Ap. Cív. 102.023-4/3, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 17.10.2000, RT 786: 163).

<sup>11</sup> Nesse diapasão, FRANCISCO AMARAL chega mesmo a afirmar que essa construção resulta “de um longo processo de evolução histórica” (*Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 277).

<sup>12</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil*: introdução e parte geral, op. cit., p. 147.



### 3 CONCEITO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES

O conceito de pessoa jurídica, no âmbito das relações jurídicas, passou, especificamente a partir do século XVII, por diversas controvérsias e discussões, ainda se mantendo na área cinzenta do Direito.

Buscando uma compreensão interdisciplinar do fenômeno, é possível inferir que “o Estado percebeu a importância das formas associativas como elemento essencial da economia contemporânea, razão pela qual resolveu dotá-la de uma estrutura jurídica que fosse própria para acompanhar o desenvolvimento social. Assim, a pessoa jurídica é dotada de uma personalidade e capacidade jurídica por concessão do Estado, como sujeito de direitos e obrigações, como se faz com a pessoa natural”, na lúcida percepção de OKSANDRO GONÇALVES.<sup>13</sup>

Equivale a dizer: a relevância social e econômica de inúmeros grupamentos de pessoas e universalidades de patrimônios, que, estruturadas autonomamente, tendiam a finalidades de grande relevo prático, impuseram ao Estado o reconhecimento da personalidade desses grupos, independentemente das pessoas que os instituíram.

Afirmada, então, a necessidade de *personalizar* (conferir personalidade) agrupamentos sociais, permitindo que a pessoa humana possa desempenhar melhor os seus papéis na sociedade, surge a chamada *pessoa jurídica*, acepção utilizada pelo Direito brasileiro, italiano (art. 11, Código Civil da Itália), alemão (arts. 21 a 89 do BGB) e espanhol (art. 35 do Código Civil da Espanha) ou *ente moral*, como adota a legislação francesa, ou também dita *ente coletivo*, como lhe nomina o Direito português.

Para MARIA HELENA DINIZ, a pessoa jurídica é verdadeira “unidade de pessoas naturais ou patrimônios, que visa a consecução de certos fins, reconhecida essa unidade como sujeito de direitos e obrigações”.<sup>14</sup> É, por conseguinte, um todo, um organismo, formado pelos ideais de pessoas naturais (ou destinação de um patrimônio afetado para um fim específico), tendente a realizar funções específicas. Não se deixe de advertir, contudo, que não é qualquer reunião de pessoas ou qualquer destinação de patrimônio que caracterizará a pessoa jurídica. É mister que a unidade de pessoas ou a afetação de bens almeje emprestar uma *unidade orgânica* a uma entidade a que a ordem jurídica reconhece personalidade própria.<sup>15</sup>

Não era por outro motivo que SANTORO-PASSARELI vislumbrava nas pessoas jurídicas um verdadeiro “centro autônomo de relações jurídicas”, demonstrando tratar-se de entidade (criada a partir da vontade humana) a que a lei empresta personalidade jurídica e capacidade (obviamente, capacidade de direito).

Diz-se, por isso, que a pessoa jurídica poderá ser *intersubjetiva* ou *patrimonial*. Aquela (*intersubjetiva*) é constituída pela união solene de duas ou mais pessoas com o escopo

<sup>13</sup> GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 38.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 206.

<sup>15</sup> Comungando com esse pensamento, PAULO NADER. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 230.

de formar uma entidade autônoma e independente. Esta (*patrimonial*) corresponde à afetação de um patrimônio destinado a um fim específico.<sup>16</sup> Naquelas, preponderam as pessoas. Nestas, o patrimônio dirigido a uma finalidade.

A partir dessas noções conceituais, é fácil extrair os elementos caracterizadores da pessoa jurídica, como verdadeiros requisitos para a sua constituição. É possível agrupá-los, organizadamente, da seguinte forma:

- i) a *vontade humana* que lhe dá origem (a chamada vontade humana criadora);
- ii) a *organização de pessoas* ou *destinação de um patrimônio afetado a um fim específico*;
- iii) a *licitude de seus propósitos*;
- iv) a *capacidade jurídica* reconhecida pela norma jurídica.<sup>17</sup>

A esses elementos (verdadeiros requisitos caracterizadores), o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA acrescenta mais um: o *atendimento das formalidades legais*.<sup>18</sup>

A formalidade legal a que se alude vem contemplada no art. 45 do Código Civil, caracterizada pelo registro civil das pessoas jurídicas, regulado pelo arts. 114 ss da Lei de Registros Públicos.

Quanto à nomenclatura utilizada para designar esse específico tipo de titular de direitos, vale, de saída, a advertência de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO no sentido de que “toda a terminologia usada é má”,<sup>19</sup> em face das críticas que lhe podem ser objetadas. Daí a multiplicidade de designações: *pessoa moral*, na França; *pessoa coletiva*, em Portugal; *ente de existência ideal*, no Direito argentino, inspirado no Esboço Teixeira de Freitas, dentre outras.

A par das controvérsias terminológicas, o Direito pátrio adotou, de há muito, a expressão *pessoa jurídica*, repetida também pelo Direito alemão, espanhol e italiano.<sup>20</sup>

## 4 CARACTERÍSTICAS

A pessoa jurídica, regularmente constituída e personificada, conta com os seguintes caracteres:

- i) personalidade jurídica distinta dos seus instituidores, adquirida a partir do registro de seus estatutos;

<sup>16</sup> Também propondo essa argumentação, veja-se SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 231.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 206.

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 298.

<sup>19</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, op. cit., p. 194.

<sup>20</sup> Pondera MARCO AURÉLIO S. VIANA ser a terminologia, dentre todas, “mais expressiva e traduz com segurança a natureza particular desse segundo gênero de pessoas” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 194).

- ii) patrimônio também distinto dos seus membros (exceto em casos excepcionais, como a fraude ou abuso de direito, configurando a chamada desconsideração da pessoa jurídica);<sup>21</sup>
- iii) existência jurídica diversa de seus integrantes (é apresentada por eles, não se confundindo a personalidade de cada um);
- iv) não podem exercer atos que sejam privativos de pessoas naturais, em razão de sua estrutura biopsicológica (*verbi gratia*, a adoção ou o casamento);
- v) podem ser sujeito passivo ou sujeito ativo em atos civis e criminais.

Em síntese, é possível afirmar que a nota distintiva da pessoa jurídica é a distinção entre o seu patrimônio e o dos seus instituidores, não se misturando a condição jurídica autonomamente conferida àquela entidade com a de quem lhe organizou. É o que se percebe com nítido colorido da simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 47 do Código Civil. ARNALDO RIZZARDO, com apoio em CARVALHO SANTOS, dispara que “a característica fundamental da pessoa jurídica encontra-se na separação da *universitas* do particular, ou seja, de cada pessoa[...] A personalidade da pessoa jurídica assim formada exclui, por completo, qualquer ideia de condomínio ou comunhão”.<sup>22</sup>

Vale a observação, portanto, que o nosso ordenamento jurídico acolhe o sistema de *responsabilidade subsidiária e limitada do sócio*, afastando-se do sistema da *responsabilidade ilimitada*, que, seguramente, resultaria “em retração econômica, derivada dos altos custos que antecederiam a implantação de um empreendimento, nem sempre possíveis de serem arcados”, como pondera, conjugando Direito e Economia, IRENA CARNEIRO MARTINS.<sup>23</sup>

Aliás, a característica da *separação patrimonial*, que enseja a *responsabilidade limitada dos sócios e administradores*, tem sustentáculo na própria *livre iniciativa*, consagrada constitucionalmente.

Os atos dos administradores obrigam a pessoa jurídica quando exercidos nos limites dos poderes constantes no ato constitutivo (CC, art. 47). Quando, porém, a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as deliberações serão tomadas pela maioria dos votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso. Neste último caso, se as decisões estiverem maculadas por erro, dolo, simulação ou fraude, o prazo de decadência para anulá-las é de três anos.

De mais a mais, não se pode olvidar, ainda, que o próprio sistema jurídico, através do Código Civil e de outros diplomas legais, prevê mecanismos próprios e específicos de responsabilização pessoal do sócio e “que podem ser aplicados sem que, para isso,

<sup>21</sup> Nesse sentido, ARNOLDO WALD confirma que, constando do ato constitutivo da pessoa jurídica que os sócios não têm responsabilidade pelas dívidas sociais, não responderão eles pelas mesmas, a não ser nos casos que justifiquem a “aplicação da teoria da desconsideração” (*Direito Civil: introdução e parte geral*, op. cit., p. 157).

<sup>22</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 279.

<sup>23</sup> MARTINS, Irena Carneiro. “A limitação da responsabilidade moderna e contemporaneamente: sua relevância para o Direito e para a Economia no Brasil”, op. cit., p. 214.

haja o sacrifício da empresa, pela via de sua extinção”, como se pode exemplificar através da utilização da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>24</sup>

## 5 NATUREZA JURÍDICA

A questão relativa à natureza das pessoas jurídicas já foi alvo das mais intrincadas teorias justificadoras. Justificam alguns a discussão acerca da natureza da pessoa coletiva em face das repercussões no campo prático, pois a necessidade, ou não, de o Estado regulamentar as atividades empresariais das pessoas jurídicas decorre da natureza que lhe for emprestada pelo ordenamento jurídico.<sup>25</sup> No entanto, o mestre ORLANDO GOMES, não sem razão e com a habitual precisão cirúrgica, já observava que a discussão sobre o tema posto “carece de maior interesse, uma vez que, seja qual for a explicação, nenhuma influência decisiva exerce na construção técnica hoje incorporada às legislações”.<sup>26</sup>

De qualquer forma, impende registrar o tema, esclarecendo o alcance da discussão teórica.

Basicamente, duas correntes podem ser vislumbradas: a teoria *negativista* (MARCEL PLANIOL), que, ao negar a existência concreta das pessoas jurídicas, nelas vislumbra, apenas, um patrimônio sem sujeito; e a teoria *afirmativista*, partindo do pressuposto da existência real de grupos sociais com interesses próprios, os quais não poderiam deixar de ser enxergados e aos quais o ordenamento jurídico não poderia negar a qualidade de sujeito nas relações jurídicas.

O grande pecado da teoria negativista foi confundir a pessoa jurídica (que exerce atividades autônoma e pessoalmente) com os bens que possuía. Assim, prevalece, entre nós e nos ordenamentos civis hodiernos, a tese afirmativista, sendo essa a opção do legislador de 2002, como se infere da interpretação do art. 47 da Lei Civil.

Dentre os afirmativistas, alguns justificam a personalização dos grupamentos humanos ou das destinações patrimoniais através de uma criação arbitrária da lei (teoria da *ficção*), enquanto outros preferem fundar seus motivos na realidade social (teoria da *realidade*).

Para a *teoria da ficção legal* (da qual se destacava FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY), por essência, só o homem poderia ser capaz de titularizar relações jurídicas. Logo, a pessoa jurídica seria simples *criação artificial* da lei. Existiria apenas na inteligência dos juristas.

Já a *teoria da realidade* sofreu algumas variações, a depender da justificativa emprestada.

A teoria da *realidade objetiva*, também dita *teoria da realidade orgânica* (sendo possível citar GIERKE e ZITELMAN como defensores dessa tese), pregava que seriam as pessoas jurídicas organismos sociais com existência e vontade próprios, diversos de seus

<sup>24</sup> MARTINS, Irena Carneiro. “A limitação da responsabilidade moderna e contemporaneamente: sua relevância para o Direito e para a Economia no Brasil”, op. cit., p. 214

<sup>25</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil*: introdução e parte geral, op. cit., p. 148.

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 186.

membros, tendo por fim realizar objetivos sociais. Recaiu, no entanto, em erro ao eliminar a vontade humana.

Por sua vez, a *teoria da realidade técnica* (da qual foram representantes GENY, SALEILLES e FERRARA) entendia ser real a pessoa jurídica, porém dentro de uma *realidade técnica*, ou seja, dentro de uma realidade que é distinta das pessoas naturais, humanas. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA é partidário desse entendimento.<sup>27</sup>

Finalmente, a *teoria da realidade das instituições jurídicas* (que tinha em HAURIOU grande referência doutrinária) poderia ser percebida como um misto das demais teorias. Centrou seus fundamentos na ideia de que a personalidade humana derivava do direito e também poderia ser concedida a certos entes – agrupamentos de pessoas ou destinações de patrimônios – para realizar fins próprios, a partir do desejo, vontade, das pessoas naturais, que lhe deram vida. Entendeu a pessoa jurídica como uma realidade jurídica, pendente da vontade humana.

As duas últimas, sem dúvida, são as teses de maior prestígio e aceitação na doutrina contemporânea, explicando com mais solidez esse fenômeno jurídico.

## 6 CLASSIFICAÇÃO

A pessoa jurídica, segundo critérios apresentados doutrinariamente, pode ser classificada sob diferentes aspectos, que merecem atenção individualizada.

### 6.1 Quanto à nacionalidade

Efetivamente, deve a pessoa jurídica subordinar-se, juridicamente, ao ordenamento positivo que lhe emprestou, conferiu, personalidade.

Assim, é possível classificá-la, sob esse prisma, em dois diferentes tipos: (i) *nacional* ou (ii) *estrangeira*, de acordo com o critério do lugar de sua constituição.<sup>28</sup> Ou seja, será nacional a pessoa jurídica se a ordem jurídica que lhe emprestou personalidade foi o Direito brasileiro. Do contrário, tratar-se-á de pessoa jurídica estrangeira. O sentido da distinção, esclarece CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, é informar que as pessoas jurídicas estrangeiras obedecem à lei nacional de sua origem, conquanto suas agências ou filiais no Brasil estejam sob o império da lei nacional, inclusive no que respeita à autorização para funcionamento.<sup>29</sup>

É de se lembrar que a Carta Magna, em seu art. 176, §§ 1º e 2º, promove exceções de reserva de mercado às pessoas jurídicas estrangeiras, estabelecendo que as atividades

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 310.

<sup>28</sup> CAIO MÁRIO observa que a nacionalidade da pessoa jurídica traduz a sua “subordinação a uma ordem jurídica determinada”, indicando que a sua nacionalidade será determinada de acordo com o lugar de sua constituição, não tendo qualquer “influência a nacionalidade dos membros componentes, nem o controle financeiro” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 330).

<sup>29</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 332.

de pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais minerais e de energia hidráulica somente são exercitáveis por brasileiros ou por pessoas jurídicas constituídas sob as leis nacionais e que tenham sede e administração em nosso país. Essas exceções, de qualquer modo, foram mitigadas pela Emenda Constitucional nº 6/95, que abriu o mercado para investimentos produtivos estrangeiros.

## 6.2 Quanto à estrutura interna

### a) Generalidades

No que respeita à estrutura interna (isto é, com relação à estrutura organizacional que a compõe), as pessoas jurídicas podem ser percebidas em (i) *universitas bonorum* (cuja estrutura interna é composta de um patrimônio destinado, afetado, a uma finalidade específica que lhe dá unidade, como são as fundações) ou (ii) *universitas personarum* (compostas, em sua teia orgânica estrutural, por um conjunto de pessoas que se unem ao derredor de uma finalidade comum, como nas corporações). Nestas, preponderam as pessoas; naquelas, o patrimônio.

Daí ser lícito afirmar que, internamente, as pessoas jurídicas podem ser *corporações* ou *fundações*. As corporações são compostas por um grupamento de pessoas, ligadas por um sentimento comum (*affectio societatis*), tendendo a um desiderato único. São pessoas que, percebendo as vantagens do associativismo, buscam alcançar mais facilmente determinado resultado. A outro giro, as fundações são fruto da destinação patrimonial, almejando um fim lícito. Consubstanciam a vontade do titular de um patrimônio de vê-lo funcionalizado a uma finalidade.

Distinguem-se, pois, a toda evidência, as *corporações* (nas quais preponderam as pessoas, subdividindo-se em *sociedades* e *associações*) das *fundações* (nas quais preponderam os bens).<sup>30</sup>

### b) As corporações

As *corporações* englobam as *sociedades* e as *associações*.

*Prima facie*, é conveniente lembrar que a Constituição da República consagrou a intervenção mínima do Estado nas associações, bem como o direito associativo, como se infere da simples leitura do art. 7º, consagrando a autonomia associativa.

Nos termos da norma civil (CC, art. 44, § 2º), as disposições concernentes às associações estendem-se, subsidiariamente, às sociedades.

O próprio Estatuto Civil traz o conceito de *sociedade* em seu art. 981, dispondo que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

<sup>30</sup> A Lei nº 10.838/04 alterou o *caput* do art. 2.031 do Código Civil, estabelecendo o prazo de dois anos para que as associações, sociedades e fundações, constituídas antes do advento do Código de 2002, promovam as regulares adaptações às diretrizes da nova lei, que passa a reger a matéria, aplicando-se, inclusive, às pessoas jurídicas constituídas anteriormente.



As *sociedades* são pessoas jurídicas que visam, almejam, o lucro, com o objetivo de reparti-lo entre os sócios. Podem, a depender de suas diferentes finalidades, ser *sociedade simples* – quando exercerem atividades econômica, visando ao lucro, porém o seu objeto não disser respeito a uma atividade típica de empresário (CC, arts. 997 a 1038) – ou assumir feição de *sociedade empresarial* – quando tender ao exercício de atividade mercantil, relacionada com atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços (CC, arts. 966 e 982). Vale a lembrança de que a *sociedade empresarial* deve constituir-se em conformidade com os modelos contemplados em lei: (i) sociedade em nome coletivo; (ii) sociedade em comandita simples; (iii) sociedade limitada; (iv) sociedade anônima; e (v) sociedade em comandita por ações, enquanto a *sociedade simples* pode adotar a forma de qualquer um destes tipos (exceto o modelo de sociedade por ações) e, não o fazendo, obedecerá às regras legais subsidiárias (CC, arts. 997 a 1.038). Observe-se que, por expressa disposição legal, independentemente do seu objeto, a sociedade por ações sempre será considerada empresária, enquanto a cooperativa sempre será considerada sociedade simples.

O traço distintivo fundamental entre as sociedades simples e as empresárias é a complexidade estrutural da empresa e de sua atividade desenvolvida. No ponto, é conveniente sublinhar que essa distinção mais se relaciona às antigas sociedades civis e comerciais. Hoje em dia, vem se entendendo que a estrutura complexa e especializada é a razão determinante do caráter *empresarial*, ou não, de uma sociedade. Aliás, é possível notar que, na realidade, essa é uma distinção que mais interessa às sociedades prestadoras de serviços.<sup>31</sup> Nessa esteira, convém lembrar a lição de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, na mesma linha de raciocínio: “Agora, claramente, ela será ou não empresária, conforme o grau de organização que apresente, ressalvada a condição da pequena empresa”.<sup>32</sup> Isso porque, com o advento do Código Civil de 2002, o ordenamento brasileiro superou, em definitivo, a *teoria dos atos de comércio* (por meio da qual a finalidade era determinante para classificar uma sociedade como comercial ou civil), abraçando a *teoria da empresa*, mais dinâmica e próxima à realidade social. Com isso, a sociedade empresária passou a representar “uma das maneiras de se organizar, a partir de investimentos comuns de mais de um agente, a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços”.<sup>33</sup> Nota-se, pois, que a adoção da teoria da empresa pelo Código de 2002 implicou no acolhimento das pessoas jurídicas prestadoras de serviços como sociedades empresárias.

Vale a pena confrontar as disposições codificadas em relação à matéria aqui tratada. Compare-se:

<sup>31</sup> Veja-se, a propósito, o que consta do art. 966 do *Codex*, em particular do seu parágrafo único: “art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

<sup>32</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, op. cit., p. 9.

<sup>33</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 6.



CORPORAÇÕES (CC/2002)	
ASSOCIAÇÃO	SOCIEDADE
<p><b>Art. 53.</b> <i>Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.</i></p> <p><b>Parágrafo Único.</b> <i>Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.</i></p>	<p><b>Art. 981.</b> <i>Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.</i></p> <p><b>Parágrafo único.</b> <i>A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.</i></p> <p><b>Art. 982.</b> <i>Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.</i></p> <p><b>Parágrafo único.</b> <i>Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa</i></p>

### c) As associações

As associações, por sua vez, são corporações que não têm em mira uma finalidade lucrativa, como estampa o art. 53 da Lei Civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Não é raro encontrar, por todo o território nacional, associações estudantis, beneficentes, filantrópicas, recreativas, esportivas, de determinadas classes ou categorias profissionais, de moradores de bairro etc.

É preciso, entretanto, uma interpretação *cum grano salis* da referida norma. Veja-se que as associações podem (e, por que não dizer, devem) ter ganho financeiro. No entanto, o eventual lucro obtido no exercício da atividade associativa será reaplicado na própria entidade, vedando-se a partilha entre os associados. Logo, a lei não veda o lucro nas associações, mas a sua divisão entre os associados. Equivale a dizer: o que não há nas associações é a persecução de lucro para a partilha entre os associados.

Assim, a associação se consubstancia na união de pessoas naturais, organizada para atender a fins não econômicos, que podem ser literários, pios, esportivos, acadêmicos etc., encontrando limites no disposto no art. 5º, XVII, da Constituição Federal, que afirma ser plena a liberdade associativa para fins *lícitos*, vedada a de *caráter paramilitar*.

A Constituição da República consagrou a *liberdade associativa*, estabelecendo que ninguém pode ser compelido a se associar ou a se manter associado (art. 5º, XX). Aliás, a importância da liberdade associativa é tamanha que o Código Penal, no art. 199, tipificou o crime de *atentado contra a liberdade de associação*.<sup>34</sup> Compreendendo a disposição constitucional, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR destaca a existência de uma “dupla dimensão

<sup>34</sup> Art. 199, Código Penal: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional: Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência”.

– positiva e negativa – da liberdade de associação. Em face de sua *dimensão positiva*, assegura a qualquer pessoa o direito de associar-se e de formar associações. Já em razão de sua *dimensão negativa*, garante a qualquer pessoa o direito de não se associar”.<sup>35,36</sup>

Há, portanto, diferentes aspectos decorrentes da liberdade associativa, reconhecida constitucionalmente (CF/88, art. 5º, XVII e XX): (i) o livre direito de *criação e manutenção* de uma associação, independentemente de autorização; (ii) o direito de *se associar*, não podendo ninguém ser obrigado a tanto; (iii) o direito de *desassociação*, que nada mais é senão a liberdade de não se manter associado.

Não se ignore que as *entidades sindicais* possuem natureza associativa, estando submetidas ao regramento destas, no que couber. No ponto, não se olvide que o art. 8º, I, da *Lex Fundamentallis* veda a interferência e a intervenção do Estado na organização sindical. Bem por isso, com o propósito de respeitar o Texto Magno, infere-se que nem todos os preceitos normativos regulamentadores das associações incidem nos sindicatos, somente se lhes aplicando aqueles que não colidirem com a norma constitucional, não implicando em interferência estatal.<sup>37</sup> Por evidente, havendo desvio de atividade pelo sindicato, permite-se a atuação estatal, através do Judiciário, coibindo o abuso ou fraude.

Toda associação é regida, em suas relações internas, pelo *estatuto social*. Trata-se de uma espécie de *lei orgânica*, de natureza não contratual e sim estatutária, de modo a vincular não apenas os associados existentes quando de sua elaboração, mas, por igual, toda e qualquer pessoa que, no futuro, dela participar.

Vale o registro de que os estatutos sociais tendem a regulamentar a atuação (direitos e deveres) das pessoas na própria associação, internamente. Não se trata de uma consolidação de regras do associado contra a associação ou de um associado contra o outro. Em verdade, cuida-se do regimento interno associativo.

Segundo o art. 54 do Diploma Substantivo, os estatutos da associação, obrigatoriamente, devem atender às seguintes prescrições: (i) a denominação, os fins e a sede da associação; (ii) os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; (iii) os direitos e deveres dos associados; (iv) as fontes de recursos para sua manutenção;

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 658.

<sup>36</sup> O Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, também já reconheceu essa múltipla feição da liberdade associativa: “Revela-se importante assinalar, neste ponto, que a liberdade de associação tem uma dimensão positiva, pois assegura a qualquer pessoa (física ou jurídica) o direito de associar-se e de formar associações. Também possui uma dimensão negativa, pois garante, a qualquer pessoa, o direito de não se associar, nem de ser compelida a filiar-se ou desfiliar-se de determinada entidade. Essa importante prerrogativa constitucional também possui função inibitória, projetando-se sobre o próprio Estado, na medida em que se veda, claramente, ao Poder Público, a possibilidade de interferir na intimidade das associações e, até mesmo, de dissolvê-las, compulsoriamente, a não ser mediante regular processo judicial” (STF, Adin 3045, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10.8.2005, DJU 1.6.2007).

<sup>37</sup> Igualmente ao que se sustenta no texto, extrai-se do escólio de EDILTON MEIRELES que “constitui interferência indevida na organização da entidade sindical, a aplicação integral do disposto no art. 54 do Código Civil. Assim, por exemplo, a lei não pode exigir que o estatuto do sindicato contenha os requisitos para a admissão, demissão e exclusão de associado, pois se constitui autêntico ato de interferência na organização sindical” (*O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, op. cit., p. 28).

(v) o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos; (vi) as condições para alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; (vii) a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas, como exigiu a Lei nº 11.127/05. É evidente que nada impede o acréscimo de outras disposições no estatuto social da associação, sendo esse rol indicativo das normas essenciais.

A ausência de quaisquer desses elementos implicará em nulidade do estatuto associativo.

É relevante pontuar que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar os seus associados em juízo ou fora dele. Aliás, a própria legislação, em determinados casos, legitima a associação a atuar na defesa dos interesses dos seus filiados, como, por exemplo, na impetração de mandado de segurança coletivo (CF/88, art. 5º, LXX).<sup>38</sup> Não se ignore que, abraçando a orientação que emanava do Supremo Tribunal Federal,<sup>39</sup> o art. 21 da Lei nº 12.016/09 – Lei do Mandado de Segurança dispensa a autorização expressa dos interessados para que a entidade associativa promova o mandado de segurança coletivo.<sup>40</sup> De qualquer maneira, vem se reconhecendo, corretamente, a existência de *pertinência temática* na ação mandamental, mesmo quando a pretensão formulada interessa, apenas, a uma parte dos associados, como assevera a Súmula 630 da Corte Maior.<sup>41</sup>

Diversamente do que ocorre nas sociedades, na associação não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos, sendo que a qualidade de associado, em regra, é intransmissível, salvo se o estatuto trouxer norma diversa (CC, art. 56). Assim, de regra, a morte de um associado não gera transmissão da sua qualidade associativa para os herdeiros, salvo disposição contrária dos estatutos.

Ainda a respeito dos associados, convém registrar a inexistência de regra específica, na legislação civil, sobre a responsabilidade civil dos dirigentes associativos. Não sendo possível aplicar a regra da responsabilidade solidária – típica das sociedades, como indica o art. 1.016 do *Codex*<sup>42</sup> – por falta de previsão legal (até porque a solidariedade não se presume, dependendo de expressa previsão legal ou da vontade das partes), resta concluir que os associados respondem pelas regras comuns da responsabilidade civil. Desse modo, o administrador ou dirigente associativo somente responde quando provada a ilicitude de seu ato, na forma dos arts. 186 e 187 do próprio Código.

<sup>38</sup> Art. 5º, LXX, Constituição Federal: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou *associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*.”

<sup>39</sup> Súmula 629, Supremo Tribunal Federal: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

<sup>40</sup> Art. 21, Lei nº 12.016/09: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, *dispensada, para tanto, autorização especial*”.

<sup>41</sup> Súmula 630, Supremo Tribunal Federal: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

<sup>42</sup> Art. 1.016, Código Civil: “Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções”.

Outrossim, em conformidade com o sistema jurídico brasileiro, há igualdade de direitos entre os associados, embora o estatuto possa instituir associados com vantagens especiais, por motivos diversos. É legítima, portanto, a previsão estatutária outorgando direitos ou situações especiais em favor de determinadas categorias de associados, sendo possível, até mesmo, dispensar o pagamento da taxa de manutenção, no caso, por exemplo, dos *associados-remidos*. Aliás, é muito comum encontrar associações nas quais determinados associados têm direitos diferenciados, como no caso dos associados remidos. Também é comum verificar, em clubes-associativos recreativos, previsão estatutária mencionando *associados-proprietários*, *associados-beneméritos*, *associados-honorários* etc.

Há, no entanto, determinadas prerrogativas que são inerentes à condição de associado e que, via de consequência, não podem ser subtraídas de nenhuma categoria de associado, como, *exempli gratia*, o direito de voto nas assembleias, o direito de uso e gozo das áreas sociais e a participação nas atividades associativas.<sup>43</sup> Assim, nota-se que essa possibilidade de criação de diferentes prerrogativas para os associados mostra-se complexa e de difícil delimitação: como saber quais são as prerrogativas e direitos que podem ser reconhecidos a diferentes classes ou categorias de associados? Em perspectiva civil-constitucional – buscando respeito e homenagem aos direitos fundamentais e, em particular, à solidariedade social –, é de se concluir que as diferenças de tratamento entre os associados devem manter um padrão objetivo de *adequação dos critérios utilizados à finalidade associativa*. Para tanto, é preciso utilizar a *proporcionalidade* como mecanismo de reconhecimento da razoabilidade das distinções. Serão legítimos os critérios de distinção objetivos, previamente contemplados estatutariamente, e assentados em *discrimen* razoável e compatível com o garantismo constitucional. Por outro turno, serão vedadas, naturalmente, disposições assentadas em critérios subjetivos (que, além de serem impossíveis de aferição prévia, são tendentes a um arbítrio excessivo), bem como atentatórios à dignidade das pessoas ou aos valores fundamentais do sistema jurídico – como a igualdade, a solidariedade, a liberdade, dentre outros.

Ademais, considerada a natureza da associação, por óbvio, nenhum associado poderá ser impedido de exercer os seus direitos associativos ou funções que lhe tenham sido conferidas, salvo previsão da lei ou dos próprios estatutos (CC, art. 58), sob pena de ilicitude.<sup>44</sup>

Outrossim, nenhum associado poderá ter obstada a sua pretensão de se retirar da associação (o chamado *direito de desassociação*) quando bem entender. Até porque o

<sup>43</sup> RENAN LOTUFO, com idêntica preocupação, tenta apresentar alguns direitos que são fundamentais para os associados: “Direitos fundamentais dos associados são os relativos à possibilidade de intervirem na realização dos fins sociais, o que basicamente se dá através da participação nas assembleias, que são os atos mais importantes das associações, quer se manifestando, quer votando, além de certas utilidades e vantagens no seio da associação, como o uso e gozo de dependências, frequência às atividades, e o extremo de haver quota de liquidação do patrimônio em caso de dissolução” (*Código Civil Comentado*, op. cit., p. 160).

<sup>44</sup> Daí o comentário direto e objetivo de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “O art. 58 (do Código Civil) consagra verdadeiro truismo. Se ao associado são conferidos, legitimamente, direitos e funções, constitui abuso condenável impedi-lo de exercer uns e outras. Se vier a incorrer em causa justificativa de lhe serem obstados, o órgão competente tomará a deliberação *ad referendum* da assembleia” (*Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 352).

art. 5º, XX, da Carta Maior, é de clareza meridiana ao assegurar que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a *permanecer associado*”. Em outras palavras: *à liberdade de associação corresponde o espelho invertido que é a liberdade de não permanecer associado*.

No que tange às despesas associativas, é natural que cada associado seja compelido a colaborar proporcionalmente, na forma prevista nos estatutos sociais. Independentemente de estar, ou não, utilizando ou se beneficiando das atividades associativas, é obrigação do associado participar do rateio das despesas comuns, exceto se houver disposição diversa em sede estatutária.

Interessantíssima questão que vem agitando a jurisprudência gravita ao derredor da obrigatoriedade, ou não, de imposição do rateio de despesas ao proprietário não filiado a uma associação de bairro que promova atividades comunitárias. Em linha de princípio, é certo que a pessoa não filiada a uma associação não pode ser compelida ao pagamento de taxas e a dividir despesas associativas.<sup>45</sup> Todavia, não se pode esquecer que, em determinados casos, o proprietário ou possuidor não filiado se aproveita das atividades associativas, se beneficiando direta ou indiretamente. Em razão disso, a solução mais adequada, ao nosso sentir, é aferir, em cada caso, a existência, ou não, de benefício do proprietário ou possuidor, não filiado. Havendo benefício pessoal, justifica-se a cobrança da taxa, de modo a evitar um enriquecimento sem causa.<sup>46</sup> Repita-se, no entanto, à exaustão: a regra geral é a de que ninguém pode *ser compelido ao pagamento de taxas, sendo ônus de prova da própria associação demonstrar as vantagens aferidas pelo não associado*.

A outro giro, como reza o art. 57 do Texto Codificado, com a redação que lhe foi emprestada pela Lei nº 11.127/05, admite-se a *exclusão do associado* quando houver justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure o direito de defesa e de recurso, nos termos dos estatutos sociais. É evidente que a exclusão de associado deverá atender ao garantismo constitucional, respeitado o devido processo legal, facultando a ele o direito de se defender amplamente, produzir prova de que as imputações que lhe são feitas são improcedentes, constituir advogado etc. Para que sejam amplamente respeitadas tais garantias constitucionais, afigura-se-nos imperiosa a instauração de procedimento administrativo, no âmbito interno da empresa, para viabilizar a exclusão de associado, bem assim como para a aplicação de toda e qualquer penalidade prevista estatutariamente. Demais disso, a exclusão de associado somente será possível se provada a existência de uma justa motivação (justa causa, na dicção legal), devidamente indicada no procedimento e comprovada cabalmente (na dúvida, não poderá o associado ser excluído, em respeito ao próprio garantismo constitucional), através de deliberação da assembleia geral, convocada especificamente para essa finalidade, através do

<sup>45</sup> Assim vem se manifestando a jurisprudência: “Os proprietários que não integram a associação de moradores não estão obrigados ao pagamento compulsório de taxas condominiais ou outras contribuições” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.034.349/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 20.11.2008, DJU 16.12.2008).

<sup>46</sup> O Superior Tribunal de Justiça patrocina esse entendimento: “Não obstante a polêmica em torno da matéria, com jurisprudência oscilante desta corte, a posição mais correta é a que recomenda o exame do caso concreto para ensejar a cobrança da cota-parte das despesas comuns. Na hipótese de condomínio de fato, mister a comprovação de que os serviços são prestados e o réu deles se beneficia” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 302.538/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 5.8.2008, DJU 18.8.2008).

quórum indicado nos próprios estatutos sociais. Sem dúvida, o citado dispositivo legal reclama uma interpretação ampliativa, até porque fundado em garantias fundamentais constitucionais, de modo a permitir a conclusão de que veio a impor não apenas a ampla defesa do associado, mas o devido processo legal como um todo, exigindo a instauração de um procedimento administrativo, no qual serão concretizadas todas as providências para materializar o *due process of law*.<sup>47</sup>

Sem dúvida, a *ratio essendi* da possibilidade de exclusão de associado está centrada na teoria da *função social da empresa*, permitindo antever que o associado que cause incômodo ao regular funcionamento da pessoa jurídica poderá ser excluído, por violar a harmonia social.

Da decisão que excluir o associado, é evidente que caberá impugnação ao Poder Judiciário, utilizando o constitucional direito de ação (CF/88, art. 5º, XXXV). Pondera, nessa linha de ideias, MARCO AURÉLIO S. VIANA que o “rigor da lei (para a exclusão de associado) justifica-se pela seriedade da deliberação”.<sup>48</sup>

Sobre a assembleia geral (órgão deliberativo da associação), cumpre-lhe, privativamente, destituir os administradores e, se for o caso, alterar os estatutos, em conformidade com o quórum estabelecido no próprio estatuto social (CC, art. 59). A convocação da assembleia geral deve ser realizada na forma estatutária, podendo um quinto dos associados, em situações extraordinárias, exercer o direito de convocação (CC, art. 60). Tal possibilidade confere maior poder fiscalizatório aos associados e igualdade na participação do processo decisório associativo.

No caso de dissolução da associação, o patrimônio apurado, depois de deduzidas as frações de cada associado (se algum associado for titular de parte do patrimônio, na hipótese de ter integralizado algum valor em favor da associação quando sua instituição, consoante a ressalva constante do art. 56 do Texto Codificado), seguirá o destino indicado na conformidade do próprio estatuto ou, no seu silêncio, será dirigido a outra entidade de fins não econômicos similar, de acordo com deliberação dos associados. Não havendo, será recolhido o patrimônio remanescente pela Fazenda Pública (CC, art. 61, § 2º).

As disposições referentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades, naquilo que não houver incompatibilidade.

#### d) As fundações

Historicamente, detecta-se a origem das fundações, tal como contemporaneamente organizadas, na ideia de *filantropia*, ou dos *mecenas*,<sup>49</sup> presentes na Idade Moderna, após

<sup>47</sup> Refletindo com idêntica fundamentação, PAULA SARNO BRAGA é firme ao exigir que a exclusão do associado seja antecedida da instauração de um procedimento interno, “orientado por todas as garantias inerentes ao devido processo legal, dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis” (*Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*, op. cit., p. 218).

<sup>48</sup> VIANA, Marco Aurélio S.. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 206.

<sup>49</sup> *Mecenas* ou *mecenato* é um termo indicativo de uma atuação de incentivo e patrocínio de atividades artísticas e culturais, especialmente ligadas à literatura. A expressão deriva de um conselheiro do Imperador Otávio



o Renascimento e a Reforma. Desde então, vem se entendendo as fundações como expressão de afetação patrimonial destinada a uma finalidade específica, proibida a distribuição de lucros.

As fundações são, no dizer de GUSTAVO SAAD DINIZ, organizações “com patrimônio afetado por uma finalidade específica determinada pelo instituidor, com personalidade jurídica atribuída pela lei”.<sup>50</sup> Disso não discrepa JOSÉ EDUARDO SABÓ PAES, com esteio nas lições dos mestres lusitanos, ao afirmar que as fundações serão *mais propriamente a organização destinada a prosseguir um fim duradouro ao qual esteja afetado um patrimônio, dependendo da vontade do instituidor*.<sup>51</sup> Resultam, pois, as fundações da conjugação de três elementos nucleares: patrimônio, finalidade e afetação do patrimônio a uma finalidade específica.

Em sendo assim, as fundações são entidades criadas com bens livres que são afetados, por ato de vontade de seu titular, através de escritura pública ou de testamento (CC, art. 62), para atender a uma finalidade específica, que poderá ser religiosa, moral, cultural ou assistencial, consoante o parágrafo único do art. 62 do Código Civil, podendo assumir natureza pública ou privada.

Sublinhe-se que as fundações aqui tratadas são as de direito privado exclusivamente, pois as fundações de direito público submetem-se a tratamento específico no Direito Público, seguindo as regras das autarquias.

Aqui vale o registro de que vem se entendendo, corretamente, apesar de a letra fria do parágrafo único do art. 62 do Código Civil apontar noutra direção, que o referido dispositivo legal “deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações de fins lucrativos”, conforme cimentado no Enunciado 9 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, explicitando o caráter meramente enunciativo (exemplificativo) do rol contemplado no citado dispositivo legal, permitindo que a fundação busque finalidades outras, dês que afastado o caráter lucrativo. É o exemplo comum das fundações de caráter educacional ou ambiental.

Tanto sim que o Enunciado 8 do referido conclave giza, *in verbis*:

Enunciado 8, Jornada de Direito Civil:

“A constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no Código Civil, art. 62, parágrafo único”.

Em verdade, a intenção do legislador, ao editar o parágrafo único do art. 62 do *Codex*,<sup>52</sup> foi deixar clara a impossibilidade de criação de uma fundação para fins lucrativos,

Augusto, de nome *Caio Mecenaz* (68 a. C. – 8 a. C.), que incentivou a formação de um círculo de intelectuais e poetas, com a intenção de promover vasta produção cultural, inclusive sustentando financeiramente. O seu comportamento passou a servir de modelo, em especial no período renascentista, com pujança de produção intelectual. Atualmente, significa, nos países de língua latina, a dotação de verbas para o desenvolvimento de atividades culturais.

<sup>50</sup> DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas*, op. cit., p. 59.

<sup>51</sup> PAES, José Eduardo Sabó. *Fundações e entidades de interesse social*, op. cit., p. 156.

<sup>52</sup> Consta do parágrafo único do art. 62 da Lei Civil: “A fundação *somente* poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.



afastando uma possibilidade muito utilizada noutros países, onde são criadas fundações para administrar fortunas em favor de pessoas, como os herdeiros do instituidor. Bem por isso, há de se interpretar extensivamente o citado dispositivo legal para entender nele incluídas fundações que busquem proteger, apoiar, colaborar, amparar e prestar serviços de relevância social, como, por exemplo, nas áreas do meio ambiente, da educação, da saúde...

Se assim não for, chegar-se-ia ao absurdo dos absurdos impondo a extinção de uma fundação de preservação ambiental por não se enquadrar como finalidade religiosa, cultural, moral ou assistencial.<sup>53</sup>

As *fundações* são constituídas através de ato formal, podendo ser compreendido o seu procedimento de criação em quatro diferentes fases. São elas:

- i) *fase de dotação ou de instituição*, compreendendo a reserva de bens, por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (escritura pública ou testamento), de acordo com o art. 62 do Código. Nesse momento, o instituidor, que pode ser pessoa física ou jurídica,<sup>54</sup> deverá atender às mesmas restrições impostas pela Lei Civil à doação e ao testamento, não podendo dispor de mais da metade do seu patrimônio, se tiver herdeiros necessários (CC, art. 1.845, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge),<sup>55</sup> bem como não podendo dispor de volume de patrimônio que comprometa a sua própria subsistência (CC, art. 548, é a chamada vedação à doação inoficiosa);
- ii) *fase de elaboração dos estatutos*, que poderá se realizar de forma *direta* (quando o próprio instituidor os elabora juntamente com o ato de instituição) ou de modo *fiduciário* (quando a elaboração dos estatutos é confiada a terceiro).<sup>56</sup> Vale lembrar que, *ex vi* do disposto no parágrafo único do art. 65 da Lei Civil, se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor – ou, não havendo prazo para a sua feitura, em cento e oitenta dias, contados do ato de instituição –, o Ministério Público terá a incumbência de elaborá-los;
- iii) *fase de aprovação dos estatutos* pela autoridade competente. Incumbe ao Ministério Público aprovar os estatutos fundacionais, salvo quando elaborados por ele mesmo. Na hipótese de elaboração dos estatutos sociais pelo Promotor de Justiça, é de se entender que a aprovação deverá ser feita pelo Poder Judiciário,

<sup>53</sup> RESENDE, Tomás de Aquino. “As fundações e sua disciplina no novo Código Civil”, op. cit., p. 249.

<sup>54</sup> De fato, é plenamente possível a instituição de uma fundação por ato praticado por uma pessoa jurídica com finalidades lucrativas, pois, como esclarece JOSÉ EDUARDO SABÓ PAES, além de inexistir óbice legal, essa constituição de uma fundação não compromete a causa lucrativa da empresa e, ademais, “toda sociedade comercial tem a obrigação de contribuir socialmente” (*Fundações e entidades de interesse social*, op. cit., p. 197).

<sup>55</sup> Vale destacar que, promovendo uma leitura constitucionalizada do rol dos herdeiros necessários (CC, art. 1.845), é possível inserir o *companheiro sobrevivente* também como *herdeiro necessário*, respeitando a idêntica proteção jurídica dedicada pelo art. 226 da *Lex Mater*, bem assim como pela simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 1.790 do Estatuto da Vida Privada, estabelecendo que o *companheiro supérstite participará*, dando ideia de obrigatoriedade da participação sucessória.

<sup>56</sup> Em qualquer das hipóteses, exige a Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, em seu art. 120, que os estatutos fundacionais indiquem a denominação, a sede, o tempo de duração, a finalidade e a organização e discriminação dos órgãos da administração da entidade (conselhos de administração, fiscal e deliberativo).

através de procedimento de jurisdição voluntária. É que o ato de aprovação estatutária exige isenção de ânimo, garantindo que a norma de regência da fundação esteja livre de qualquer inclinação a determinados interesses. Daí a necessidade de outro órgão (distinto daquele que elaborou) aprovar os estatutos. Frise-se, ademais, que nessa fase de aprovação estatutária, deverá o *Parquet* averiguar se os bens destinados são suficientes para o cumprimento da finalidade indicada (CPC, art. 1.201). Caso o Ministério Público negue a aprovação, caberá recurso ao Poder Judiciário, como reza o art. 65 do Código Civil e, naturalmente, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que garante o amplo acesso ao Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição);

iv) *fase de registro*, que será realizado no Cartório de Pessoas Jurídicas.

Caso os bens destinados à fundação não se apresentem suficientes para o atendimento de suas finalidades essenciais, serão incorporados em outra fundação que se destine a um fim igual ou semelhante, exceto se o instituidor houver disposto de maneira diversa (CC, art. 63). Como bem percebe RENAN LOTUFO, a solução da lei é dar eficácia à vontade manifestada pelo instituidor, “com a atribuição do patrimônio a outra fundação de mesmo fim”.<sup>57</sup>

Considerado o interesse social presente (por conta de sua finalidade), a fiscalização da fundação competirá ao órgão do Ministério Público do Estado em que estiver situada. Mesmo em se tratando de fundação de abrangência nacional, situada em mais de um estado da federação, a fiscalização ficará a cargo do Promotor de Justiça de cada um dos Estados em que estiver atuando.

Se a fundação funcionar no âmbito do Distrito Federal ou dos Territórios, a sua fiscalização incumbirá ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MP-DFT, apesar de a previsão legal indicar, equivocadamente, que essa função tocaria ao Ministério Público Federal (CC, art. 66, § 1º). Com efeito, acatando o que já afirmávamos anteriormente nessa sede, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do referido parágrafo do art. 66 do Código Civil, no julgamento da ADIn. nº 2794/DF, com relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Esclareceu a Corte Maior que a atribuição fiscalizatória das fundações situadas no âmbito do Distrito Federal e dos Territórios fica a cargo do Ministério Público do Distrito Federal, e não do Ministério Público Federal, adequando o Código Civil à legislação orgânica interna ministerial (Lei Complementar nº 75/93). Por unanimidade, o Plenário da Corte Excelsa endossou a pertinente observação do relator no sentido de que as atribuições do Ministério Público não poderiam ser alteradas por meio de uma lei ordinária (como é o caso do Código Civil), somente podendo sofrer modificações através de lei complementar, consoante previsão do § 5º do art. 128 do Texto Constitucional.

Veja-se a respeito o que já preconizava, de há muito, o Enunciado 10 da Jornada de Direito Civil, esclarecendo a necessidade de harmonização do Código Civil com a legislação orgânica ministerial:

<sup>57</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 171.

Enunciado 10:

“Em face do princípio da especialidade, o art. 66, § 1º, deve ser interpretado em sintonia com os arts. 70 e 178 da Lei Complementar nº 75/93”.

Tendo em mente a atribuição fiscalizatória das fundações privadas, é de ser reconhecida a legitimidade do *Parquet* para, em juízo, adotar todas as medidas cabíveis para a proteção do ente fundacional, inclusive contra terceiros ou contra os próprios gestores e membros dos Conselhos da pessoa jurídica.<sup>58</sup> Trilhando essa senda, lembra GUSTAVO SAAD DINIZ que a atividade fiscalizatória do Ministério Público deve almejar o cumprimento proveitoso de suas funções, porque entende o ordenamento que a vontade do *de cujus* é “de realização obrigatória”.<sup>59</sup> Por isso, é lícito depreender que o espectro da atuação do *Parquet*, em relação às fundações, é o mais amplo possível, podendo se valer de toda e qualquer medida judicial ou extrajudicial.

Deve, também, o Promotor de Justiça atuar, como *custos juris* (fiscal da ordem jurídica, consoante a previsão do art. 82 do Código de Processo Civil), nas demandas em que exista interesse, direto (como parte autora ou ré) ou indireto (como assistente, por exemplo), de uma fundação.<sup>60</sup>

Sem dúvida, é a atuação fiscalizatória do Promotor de Justiça tendente a obstar a indevida utilização da fundação para fins ilícitos ou o desvirtuamento de seus propósitos. Exemplos comuns que exigem a pronta e eficaz atuação ministerial podem ser colacionados: recusa injustificada de prática de eleições estatutárias, irregularidades eleitorais, malversação do dinheiro fundacional, desvio de verbas etc. Afora as sanções civis (e por eventual ato de improbidade administrativa, se havia destinação de verba pública para a fundação), incumbe ao *Parquet* providenciar medidas em juízo e fora dele com vistas a afastar o dirigente e suprir o cargo.<sup>61</sup>

Ademais, a partir da inteligência dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, é imposta, também, às fundações a prestação de contas aos Tribunais de Contas sempre que se utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiro, bens ou valores públicos.

Caso o instituidor, no caso de fundação constituída *inter vivos*, não lhe transfira a propriedade ou qualquer outro direito real sobre os bens dotados, serão estes registrados em nome da referida fundação através de mandado judicial (CC, art. 64), em ação

<sup>58</sup> A jurisprudência vem abraçando, com tranquilidade, esse entendimento. Veja-se a título ilustrativo: “Cabe ao Ministério Público a atribuição fiscalizatória sobre as fundações instituídas e disciplinadas segundo os ditames do Código Civil, as quais deverão obrigatoriamente, por força de lei, a ele prestar contas. Desde que verificada a incapacidade ou a inconveniência dos curadores e administradores, entende-se razoável que os interessados e o Ministério Público possam promover as ações judiciais cabíveis para o afastamento dos mesmos” (TJ/MG, Ac. 9ª Câ. Cív., Ap. Cív. 2.0000.00.516.838-1/000, Rel. Des. Osmando Almeida, j. 4.7.2006).

<sup>59</sup> DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das Fundações Privadas*, op. cit., p. 239-240.

<sup>60</sup> RESENDE, Tomás de Aquino. “As fundações e sua disciplina no novo Código Civil”, op. cit., p. 265.

<sup>61</sup> “Fundação. Curadores. Ação de destituição. Ministério Público. Legitimidade. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação de destituição de curador de fundação, no desempenho do seu dever de velar pelas fundações. A destituição, porém, não pode ser em caráter ‘definitivo’, como pena perpétua do exercício de direito civil” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 162.114/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 6.8.1998).

que poderá ser promovida pelo *Parquet* ou por qualquer interessado, visando à adjudicação dos bens pela própria fundação.

Conquanto a regra geral seja a de que a fundação deve atender, sempre, à sua constituição estatutária, é admitida pela legislação civil a *alteração nos estatutos da fundação*, atendidos determinados requisitos específicos. Assim sendo, obedecendo aos termos do art. 67 da Codificação, a alteração dependerá de: (i) deliberação de, no mínimo, dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação; (ii) não contrariedade ou desvirtuamento do fim previsto originariamente (o que significa não ser possível alterar os estatutos fundacionais para modificar a finalidade da pessoa jurídica, indicada, originariamente, pelo seu instituidor; por isso, caso se pretenda a modificação da finalidade fundacional, o único caminho é a extinção da pessoa jurídica, instituindo-se uma nova); e (iii) aprovação pelo Ministério Público ou, caso este a denegue, o suprimento judicial.

Não se pode olvidar o fato de que a minoria eventualmente vencida na modificação estatutária disporá de um prazo (decadencial) de dez dias para impugnar a alteração estatutária. Trata-se, aliás, de um típico exemplo de reconhecimento e proteção dos *direitos de minorias* no âmbito do Código Civil (art. 67).

Finalmente, convém ressaltar a possibilidade de extinção da fundação em determinadas hipóteses: (i) quando se tornarem ilícitas ou inúteis à finalidade a que se destinam; (ii) quando impossível de serem mantidas; (iii) pelo vencimento do prazo de existência, se previsto nos estatutos. A extinção fundacional pode ser obtida pela via administrativa (quando aprovada a extinção pelo conselho administrativo ou deliberativo e submetida à anuência do Ministério Público) ou através de medida judicial (em todas as demais hipóteses).

Estão legitimados para requerer, em juízo, a extinção da fundação, além do Ministério Público, os eventuais interessados, como, *v. g.*, os administradores, os credores prejudicados ou mesmo os sucessores do instituidor, nos casos previstos em lei (CPC, art. 1.204). Ilustrando a teoria, é o caso de uma fundação, com finalidade de pesquisas médicas, no Distrito Federal, que foi extinta, a pedido do Ministério Público, porque, simplesmente, paralisou suas atividades, não mais exercendo qualquer função, frustrando, dessa maneira, os seus estatutos e fins.<sup>62</sup>

Em qualquer caso, o patrimônio remanescente será incorporado a outra fundação de igual ou semelhante finalidade, designada judicialmente, salvo se os estatutos ou o ato de dotação indicarem de forma diversa, que deverá ser obedecida.

Fazendo menção à questão bastante polêmica, é importante registrar, com base nos princípios constitucionais da liberdade de associação e livre iniciativa, a possibilidade de a fundação privada, na qualidade de pessoa jurídica, participar de sociedade (empresarial ou não), com (ou sem) intuítos lucrativos. É que a participação de uma fundação

<sup>62</sup> “Fundação. Inexistência de atividades. Contrariedade ao estatuto. Extinção. Manutenção da sentença que decretou a extinção da fundação, de há muito inativa, contrariando seu estatuto e finalidade” (TJ/DFT, Ac. Unân., 4ª T., Ap. Cív. 48.856/98, Rel. Des. Mário Machado, j. 15.10.1998).

em outra pessoa jurídica pode permitir alavancar fundos e rendimentos para a consecução de seus propósitos, não desvirtuando, em princípio, os seus fins.<sup>63</sup> Em casos tais, o lucro da empresa composta pela fundação será revertido para a implementação de suas finalidades e não repartido entre os administradores.

### 6.3 Quanto às funções exercidas

No que tange às funções e capacidades da pessoa jurídica, a partir da inteligência do art. 40 do Estatuto Civil, é possível estruturá-las em: (i) pessoas jurídicas de *direito público* ou (ii) pessoas jurídicas de *direito privado*.

As pessoas jurídicas de *direito público*, marcadas pela presença fundamental e preponderante do Poder Público, subdividem-se, a depender do âmbito de sua atuação funcional, em pessoas de direito público *interno* (CC, art. 41), englobando os entes da administração direta (a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios) e da administração indireta (as autarquias e fundações públicas), e de direito público *externo*, regidas pelo Direito Internacional Público, exemplificadas pela UNESCO, pela UNICEF, pela OIT e pela ONU.

As pessoas jurídicas de direito público interno estão submetidas à normatividade do Direito Administrativo, enquanto as de direito público externo estão disciplinadas pelo Direito Internacional Público.

Já as pessoas jurídicas de *direito privado* (CC, art. 44), instituídas para atender aos interesses dos particulares, abarcam as *fundações*, as *associações*, as *sociedades*, as *organizações religiosas*, os *partidos políticos*<sup>64</sup> e as *empresas individuais de responsabilidade limitada* (apeladas de EIRELI).<sup>65</sup>

Aliás, é oportuno destacar que as regras disciplinadoras das associações, vistas alhures, são aplicáveis subsidiariamente às sociedades mencionadas no Código Civil, de acordo com a previsão do § 2º do art. 44 do próprio Código.

É evidente que as *organizações religiosas* e os *partidos políticos* possuem incontroversa natureza associativa, não se justificando, sob o ponto de vista ontológico, terem merecido tratamento diferenciado, em separado das associações. Uma análise cuidadosa dessa previsão de tratamento dos partidos políticos e organizações religiosas em separado das associações leva à crença de que o intuito do legislador teve “conotação política, para afastar que tais entidades tenham que se adaptar às regras previstas no Código Civil de 2002 quanto às associações, tidas por muitos como complexas e burocráticas”, consoante a preleção de FLÁVIO TARTUCE.<sup>66</sup>

De qualquer maneira, por força da expressa previsão legal, apesar da natureza associativa, os partidos políticos e as organizações religiosas não estão submetidos às

<sup>63</sup> No mesmo sentido do texto, GUSTAVO SAAD DINIZ. *Direito das Fundações Privadas*, op. cit., p. 419.

<sup>64</sup> Os partidos políticos e as organizações religiosas foram inseridos nesse rol de acordo com a previsão da Lei nº 10.825/03.

<sup>65</sup> As empresas individuais de responsabilidade limitada foram encartadas no dispositivo legal por força da Lei nº 12.441/11.

<sup>66</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 229.

exigências da legislação civil destinadas às associações, como a adaptação estatutária (CC, art. 2.031) ou mesmo aos requisitos comuns dos arts. 53 a 61 do *Codex*.<sup>67</sup>

Com relação às organizações religiosas, afirmou a Lei Civil serem livres a sua criação, organização, estruturação interna e funcionamento, vedando-se ao Estado negar reconhecimento ou registro aos seus atos constitutivos (CC, art. 44, § 1º). De qualquer maneira, essa liberdade de funcionamento não afasta o controle da legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame, pelo Judiciário, da compatibilidade de seus atos com a lei e com os seus estatutos, como afirma o Enunciado 143 da Jornada de Direito Civil. Para além desse comentário, a liberdade religiosa consagrada constitucionalmente (CF, art. 19) restringe-se ao culto e sua liturgia, não sendo admitido o desenvolvimento de atividades empresariais, jornalísticas e educacionais, ainda que os resultados econômicos sejam voltados para dar sustentação a projetos desenvolvidos pela respectiva comunidade religiosa. Em síntese apertada, porém completa: *o culto não pode ficar em posição secundária na organização religiosa, sob pena de descaracterização de sua natureza*.<sup>68</sup>

Já os partidos políticos têm a sua estruturação e disciplina interna regidas pelo disposto em legislação específica. De acordo com a Lei nº 9.096/95, a constituição de um partido político é ato complexo, dirigido, primeiramente, ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Capital Federal e, após o cumprimento de exigências legais através de certidão de inteiro teor expedida pelo oficial (Lei nº 9.096/95, art. 8º, § 2º), realiza-se um registro junto ao Tribunal Regional Eleitoral de pelos menos 1/3 dos estados-membros, no que tange à constituição dos seus órgãos de direção regionais e municipais. Após esses atos, o partido promoverá o registro do estatuto e do órgão diretivo nacional no Tribunal Superior Eleitoral. Evidentemente, é possível formular impugnações durante todo o processo constitutivo de um partido político. Lembre-se, ademais, que o art. 17 da Constituição da República estabelece a liberdade de fundação de partidos políticos, materializando o ideal de cidadania e democracia. Por fim, destaque-se a possibilidade de constituição de *coligações*, que, em palavras diretas e simples, são *partidos políticos temporários*, cuja existência é autorizada pelo art. 6º da Lei nº 9.504/97. Em face de sua autonomia, as coligações têm denominações próprias, possuindo representantes autônomos, com atribuições próprias.

No que diz respeito às *empresas individuais de responsabilidade limitada* (EIRELI, conforme simplificação terminológica), vale sublinhar que se trata de criação que pretende estabelecer uma bifurcação do patrimônio do empresário individual em dois diferentes campos: o patrimônio da pessoa física e o patrimônio da pessoa jurídica. O escopo da inovação é salutar, permitindo uma diminuição da burocracia para a criação de empresas no direito brasileiro. Aliás, vale a lembrança de que se trata de instituto particularmente inovador, admitindo-se, pela primeira vez em nosso sistema jurídico, a

<sup>67</sup> Em sentido contrário ao texto legal, baseando-se na natureza associativa dos partidos políticos e organizações religiosas, foi editado o Enunciado 142 da Jornada de Direito Civil: “Os partidos políticos, sindicatos e organizações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil”.

<sup>68</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 271.



figura de um empresário individual com responsabilidade limitada, preservando o seu patrimônio pessoal. Bem por isso, somente podem ser constituídas por *pessoas naturais*, não se tolerando uma empresa individual de responsabilidade limitada criada por outra pessoa jurídica.<sup>69</sup> Nessa esteira, bem lembra JOSÉ TADEU NEVES XAVIER que a “própria concepção legislativa teve a sua justificativa de criação no intuito de regular a situação do empreendedor individual, proporcionando limitação nos riscos da sua atividade econômica, com a proteção do seu patrimônio pessoal”,<sup>70</sup> não se justificando a participação de pessoas jurídicas – o que poderia ocasionar um desvio de finalidade e uma confusão com a figura da subsidiária integral, prevista na Lei das Sociedades Anônimas.

E, bem por isso, vale notar que a empresa individual *não se trata de uma sociedade* (até porque inexistente pluralidade de pessoas), *mas de um novo ente jurídico personificado*, que figura ao lado de outras espécies de pessoas jurídicas de direito privado no sistema jurídico brasileiro.<sup>71</sup> Essa personalidade jurídica, todavia, somente será reconhecida após o registro regular em cartório.<sup>72</sup> Com isso, inclusive, reafirma-se que a pluralidade de sócios continua a ser característica basilar das sociedades em nosso país.

Por se tratar de *pessoa jurídica* (que, a toda evidência, não se confunde com a personalidade da pessoa natural que a instituiu), os direitos da personalidade do titular, como a imagem, o nome e a voz, não podem ser utilizados para a integralização do capital,<sup>73</sup> embora possam gerar renda aferida pela empresa individual, como reza o § 5º do art. 980-A da Codificação.

Ademais, exatamente por se tratar de pessoa jurídica, as EIRELIs podem se mostrar compatíveis com as figuras da microempresa e da empresa de pequeno porte, reguladas pela Lei Complementar nº 123/06. Lado outro, porém, não poderá ser enquadrada na condição de microempreendedor individual, por se tratar de possibilidade restrita, como se percebe pela nomenclatura, às pessoas naturais.

Sob o prisma prático, o art. 980-A do Código Civil estabeleceu regras sobre a criação dessas empresas individuais de responsabilidade limitada.<sup>74</sup> Assim, somente será

<sup>69</sup> Enunciado 468, Jornada de Direito Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada *só poderá ser constituída por pessoa natural*”.

<sup>70</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. “Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada”, op. cit., p. 208.

<sup>71</sup> Enunciado 469, Jornada de Direito Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) *não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado*”.

<sup>72</sup> Enunciado 471, Jornada de Direito Civil: “Os atos constitutivos da EIRELI devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente”.

<sup>73</sup> Enunciado 473, Jornada de Direito Civil: “A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI”.

<sup>74</sup> Art. 980-A, Código Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. § 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. 4º (VETADO). § 5º Poderá ser atribuída à



possível instituir tal pessoa jurídica quando o capital social for superior a 100 vezes o valor do salário-mínimo vigente, deixando clara uma preocupação patrimonial, incrementando atividades empresariais mais dinâmicas e olvidando do pequeno empresário. A limitação nos parece razoável, refreia possíveis fraudes e confere maior segurança jurídica aos terceiros que celebrarão negócios com a empresa individual. Ademais, estabelece a letra fria do dispositivo legal que a pessoa natural que fundar uma EIRELI não pode participar de nenhuma outra empresa com essa natureza.<sup>75</sup>

Quanto ao nome empresarial, deverá a empresa individual atuar sob firma ou denominação (nome de identificação), acrescida, ao final, da expressão EIRELI (abreviatura da empresa individual de responsabilidade limitada), conferindo publicidade e precavendo interesses de terceiros. Exemplificando, poderá a empresa individual ser denominada “Henrique Nascimento Comércio de Livros EIRELI” ou “Comércio de Livros Jurídicos EIRELI”. A eventual omissão na indicação da empresa individual implica em perda da limitação de responsabilidade da pessoa física que a constituiu, correspondendo à ineficácia da estrutura societária adotada.

Observando, ainda, que as empresas individuais de responsabilidade limitada são pessoas jurídicas, é intuitiva a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de seu instituidor.<sup>76</sup>

Certamente, as empresas individuais de responsabilidade limitada impõem a necessidade de reavaliar conceitos do Direito Empresarial, adaptando-os à nova titularidade dessa peculiar pessoa jurídica, até mesmo porque estão submetidas ao regramento das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, subsidiariamente (CC, art. 980-A, § 6º) – o que, aliás, corrobora a ideia de que não são sociedades, afinal, se sociedades fossem, não precisariam estar submetidas às suas regras no que for compatível.

A outro giro, acrescentando um outro panorama sobre o assunto, não se pode esquecer, ainda, “um novo campo de atuação das pessoas jurídicas de direito privado”, como alerta FRANCISCO AMARAL, fazendo referência ao *terceiro setor* que, ao lado do Estado e do mercado globalizado (fornecedores e consumidores), constitui o setor produtivo público não estatal, “voltado para o interesse público, sem fins lucrativos e regido pelo direito privado”.<sup>77</sup> É o típico exemplo das ONGs, que atuam gerindo interesses sociais.

---

empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional. § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”

<sup>75</sup> “A fragilidade desta restrição vem à tona na medida em que nela não se encontra compreendida a vedação da empresa individual de responsabilidade limitada constituir filiais. Desta forma, não encontramos justificativa para a referida restrição. Se a empresa individual é dotada de personalidade jurídica autônoma, com capital próprio que suportará com exclusividade os riscos da atividade empresarial, não existem motivos para proibir que determinada pessoa natural venha a constituir mais de uma entidade nesta modalidade empresarial”, como bem concatena JOSÉ TADEU NEVES XAVIER (“Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada”, op. cit., p. 211-212).

<sup>76</sup> Enunciado 470, Jornada de Direito Civil: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, *sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica*”.

<sup>77</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 304-305.

Resultado da crise do estado social, o reconhecimento de um novo tipo de interesse, o chamado *público não estatal* (ladeado pelos interesses *público estatal e privado*), traz como consequência perceber que o Poder Público não tem condições de realizar todas as atividades que a sociedade necessita, transferindo, naturalmente, para a iniciativa privada, embora submetida a um controle administrativo.

A Lei nº 9.790/99, referindo-se a tais organismos, regulamenta as *organizações da sociedade civil de interesse público*, as submete ao regramento das pessoas jurídicas de direito privado, exigindo que não tenham intuito lucrativo e possuam por objetivo prestação serviços sociais e produção de bens públicos (educação, saúde, habitação etc.).

Já a Lei nº 9.637/98, suprindo, da mesma forma, a deficiência estatal no atendimento social, contempla outra qualificação possível para as pessoas jurídicas. São as chamadas *organizações sociais*, também consideradas pessoas jurídicas de direito privado e, igualmente, sem finalidade lucrativa. As suas atividades devem ser dirigidas à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Observe-se que o legislador optou por qualificar juridicamente as entidades supracitadas, emprestando tipologia que pode ser aproveitada por quaisquer das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos (ganhando forma de fundações ou associações), com o intuito de que possam gozar de determinados benefícios (previdenciários, fiscais, dentre outros) ou usufruir de certas vantagens.<sup>78</sup>

As referidas entidades podem – e devem – atuar em parceria, cooperação, com o Poder Público, fomentando atividades de alcance social.

## 7

### COMEÇO DA EXISTÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA

Enquanto a pessoa natural, em razão de sua estrutura biopsicológica, tem o início da sua personalidade com o *nascimento com vida* (CC, art. 2º), a pessoa jurídica terá o início de sua personalidade conferido pelo ordenamento jurídico.

Se se trata de pessoa jurídica de direito público, a personalidade é conferida pela norma jurídica (em sentido amplo).

De outro prisma, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado (dependendo, por conseguinte, da vontade humana), será o registro do seu ato constitutivo no órgão competente que lhe conferirá personalidade jurídica.<sup>79</sup> Nessa esteira, o art. 45 do Estatuto Civil é de clareza meridiana ao proclamar que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”.

<sup>78</sup> A respeito, consulte-se GUSTAVO SAAD DINIZ. *Direito das Fundações Privadas*, op. cit., p. 119.

<sup>79</sup> Já se decidiu, acertadamente, que os sindicatos adquirem personalidade jurídica “a partir do registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos e Registro Civil de Pessoas Jurídicas e não no Ministério do Trabalho. Com a CF, que assegurou liberdade sindical ampla, caiu por terra a assertiva de que o registro no Ministério do Trabalho tem preferência e é mais importante que o registro no cartório” (STJ, Ac. Unân., 1ª T, REsp. 38.111-8/MG, rel. Min. José Delgado, j. 5.2.2002).

O registro dos estatutos sociais da pessoa jurídica deverá ser realizado no Cartório do Registro das Pessoas Jurídicas (quando se tratar de fundação, associação ou sociedade simples) ou na Junta Comercial (quando se trate de sociedade empresarial ou microempresa). Todavia, em determinadas hipóteses é exigido um *registro específico*, a ser efetivado em órgãos ou entes específicos, como na Comissão de Valores Mobiliários – CVM para as sociedades anônimas que pretendam lançar ações no mercado e no Tribunal Superior Eleitoral – TSE para os partidos políticos (art. 7º da Lei nº 9.096/95). Há de ser fazer menção, ainda, ao fato de que as sociedades simples de advogados somente adquirem personalidade com o registro na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, de acordo com a regra erigida nos arts. 15 e 16, § 3º, da Lei nº 8.906/94 – EOAB.<sup>80,81</sup>

Pode, ainda, ser necessária uma prévia autorização estatal para a formação de algumas pessoas jurídicas, como os estabelecimentos bancários, de seguro, de montepio e caixas econômicas (salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas legalmente organizados), as empresas de mineração (Decreto-lei nº 227/67 – Código de Mineração) e as empresas de exploração e aproveitamento industrial das águas e da energia elétrica (Decreto nº 24.643/34 – Código de Águas). Não se esqueça, outrossim, que as fundações necessitam, inarredavelmente, de prévia aprovação dos seus estatutos pelo Ministério Público local, contra cuja decisão é cabível impugnação ao Poder Judiciário, consoante garantia constitucional estabelecida no art. 5º, XXXV, e repetida pelo art. 65 do Código Civil. Em tais hipóteses, não é possível proceder ao registro da pessoa jurídica antes da obtenção da autorização governamental (CC, art. 45 c/c o art. 119, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos).<sup>82</sup>

O processo de constituição de uma pessoa jurídica se divide em duas diferentes fases:

- i) o momento do *ato constitutivo*, que traz consigo uma *parte material* – relativa aos atos concretos praticados, como, *e. g.*, as reuniões dos sócios, ajustes entre eles<sup>83</sup> etc., e uma *parte formal*, consistente na elaboração, por escrito, do *documento básico da sociedade*, ou seja, formação dos seus estatutos ou contrato social;
- ii) o momento do *registro público*, referente à inscrição do ato constitutivo no órgão competente.

Lembre-se, todavia, que somente se adquire personalidade jurídica no momento em que, efetivamente, for realizado o registro. As referidas fases correspondem, na

<sup>80</sup> Fazendo essa advertência, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 69.

<sup>81</sup> A atividade advocatícia, bem assim como as atividades desenvolvidas pelos demais profissionais liberais (como, por exemplo, médicos, dentistas, arquitetos...), submete-se, nas relações com o cliente, ao Código de Defesa do Consumidor, em face da natureza do serviço prestado. A jurisprudência afirma que a atividade do advogado “se enquadra como relação de consumo e é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que a responsabilização do profissional liberal dependa da prova de sua culpa” (2ª TACív. SP, Ac. 5ª Câmara, AgR. Instr. 606.407-00/5, rel. Juiz Pereira Calças, j. 14.12.1999, RT 775: 297).

<sup>82</sup> Também pensa assim, MARCO AURÉLIO S. VIANA. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 197.

<sup>83</sup> É o que se denomina de *affectio societatis* ou *animus personificandi*, como prefere ASCENSÃO. *Direito Civil: teoria geral*, op. cit., p. 210.

visão de MARIA HELENA DINIZ, à *constituição* e *personalização*, respectivamente, deixando vislumbrar, claramente, que a personalização da entidade somente se dá no ato de regular registro.<sup>84</sup>

O processo constitutivo de uma pessoa jurídica, pois, é um *ato complexo*, composto por atos subjetivos e objetivos que se unem no sentido do reconhecimento da personalidade jurídica autônoma e independente, emprestada pelo regular registro.<sup>85</sup>

Vale registrar que o registro civil da pessoa jurídica tem prazo retroativo de 30 dias, exatamente para conferir regularidade aos atos praticados pela empresa nesse período, conforme previsão da Lei nº 8.934/94. Trata-se de prazo em que se deve regularizar a documentação da empresas, garantindo que os atos praticados nesse ínterim venham a vincular os sócios.

Importante repetir à exaustão: diferentemente das pessoas naturais (cujo registro civil tem natureza puramente declaratória), o registro dos atos constitutivos da pessoa jurídica tem natureza constitutiva, sendo verdadeiro *instrumento de reconhecimento de sua personalidade jurídica*, que inexistente antes disso. A partir do registro, a pessoa jurídica dispõe de personalidade jurídica e estrutura patrimonial próprios, autônomos, distintos de seus instituidores.

Assim, percebe-se que nosso ordenamento jurídico adotou, quanto ao processo de criação da pessoa jurídica, o *sistema das disposições normativas* (que é um meio-termo entre o critério do *reconhecimento* e o da *livre associação*), pelo qual a formação da pessoa jurídica se dá pela vontade humana, atendendo às condições legais (em nosso caso, o registro público). Sem a inscrição do ato constitutivo no registro competente, não terá a entidade personalidade jurídica (CC, art. 45) e, via de consequência, as pessoas naturais que a compõem responderão pessoalmente pelas obrigações assumidas. Por isso, se uma sociedade começa a operar sem o devido registro, é considerada como uma sociedade irregular ou uma sociedade de fato, submetendo-se às normas dos arts. 986 a 990 da Codificação Civil, exceto quando se tratar de sociedade por ações em organização.

## 8

### GRUPOS DESPERSONALIZADOS (OU ENTES DESPERSONALIZADOS)

Frente ao que se expôs, é possível notar que não podem ser consideradas pessoas jurídicas os chamados *grupos despersonalizados*, verdadeiros entes sem personalidade, por lhes faltar os requisitos necessários para sua subjetivação, notadamente por faltar o registro dos atos constitutivos no órgão competente.

<sup>84</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 231-232.

<sup>85</sup> Reconhecendo esse fenômeno, FERNANDO ANTÔNIO BARBOSA MACIEL expõe que “a personalidade não é atribuída de uma única forma, *ex abrupto*”, sendo concedida “mediante um processo de formação e teste de sua eficácia e efetividade” (*Capacidade & Entes não personificados*, op. cit., p. 59).

São exemplos corriqueiros de entes *despersonalizados* a *família*, a *sociedade irregular* e a *sociedade de fato*, a *massa falida*, a *herança vacante* ou a *herança jacente*, o *espólio* e o próprio *condomínio*.

Explica, didaticamente, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que tais grupamentos não possuem personalidade jurídica, pois ela é reconhecida “para fins de diálogo social” e, como não se destinam a uma “direção exterior”, possuindo finalidade prevalentemente internas, não merecem personificação jurídica.<sup>86</sup> Sem dúvida, a lição do mestre português merece guarida. Com exceção da sociedade irregular e da sociedade de fato (que não possuem personalidade jurídica por violação ao requisito formal de constituição, qual seja, o registro público), os entes despersonalizados não visam relacionamentos externos, vocacionando-se a realizar atividades de interesses de seus próprios membros entre si, como na família e na igreja (enquanto comunidade).

Entretanto, é necessário reconhecer que os entes não personificados “existem e são realidade fática e jurídica”, na lembrança oportuna de FERNANDO ANTÔNIO BARBOSA MACIEL, em obra dedicada ao tema.<sup>87</sup>

Sem dúvida, então, é possível afirmar que os grupos despersonalizados, apesar de não terem personalidade jurídica, podem ser sujeitos de direito, ou seja, podem titularizar relações jurídicas diversas. Podem, exemplificativamente, assumir a posição jurídica de contratantes, contribuintes, consumidores etc.

Exatamente por isso, é relevante explicitar que os referidos entes, apesar da falta de personalidade jurídica, possuem *capacidade processual*, como reconhece o art. 12 do Código de Processo Civil.<sup>88</sup> Assim, poderão ser acionados por terceiros que com ele vierem a negociar, com o fito de reclamar eventuais prejuízos. Em outras palavras, podem ser sujeitos de direito, inclusive para fins processuais.

Já teve oportunidade de anotar a jurisprudência: “Legitimidade *ad causam*. Consórcio. Falta de personalidade jurídica. Irrelevância. Aplicação do art. 12, VII, do Código de Processo Civil. O art. 12, VII, do Código de Processo Civil admite a representação em juízo das sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens”.<sup>89</sup>

Convém registrar, na mesma linha de pensamento, que também se reconhece a legitimidade dos entes despersonalizados para a impetração de mandado de segurança.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, op. cit., p. 225.

<sup>87</sup> MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. *Capacidade & Entes não personificados*, op. cit., p. 59.

<sup>88</sup> Alguns autores, como ARNOLDO WALD, preferem chamar tais organismos de *entidades sem personalidade jurídica*, chamando a atenção, igualmente, para o fato de que podem gozar, apesar da falta de personalidade jurídica, de capacidade processual. Cf. *Direito Civil: introdução e parte geral*, op. cit., p. 161. Já FRANCISCO AMARAL opta por denominá-las *associações ou sociedades não personificadas*. Cf. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 300.

<sup>89</sup> TJ/SP, Ap. Civ. 208.923 – Capital, Rel. Des. César de Moraes, j. 2.4.1975.

<sup>90</sup> O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade de entes não personificados para exercer ação mandamental, como demonstra trecho de importante acórdão: “A jurisprudência – com amplo respaldo doutrinário – tem reconhecido a capacidade ou personalidade judiciária de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas” (STF, Ac. Tribunal Pleno, MS 21.239/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 23.4.1993).

Ora, como anota FRANCISCO AMARAL, “Capacidade de direito pressupõe personalidade; logo, as sociedades de fato têm-na negado pelo ordenamento jurídico, mas, de fato, é-lhes permitido agir como se tivessem personalidade jurídica”. Por isso, conclui-se, acertadamente, que se trata de verdadeira “ficcção do direito”.<sup>91</sup>

Sublinhe-se para a perfeita compreensão da matéria: de acordo com a legislação material e processual, a capacidade que é reconhecida aos entes não personificados é meramente a capacidade judiciária (de atuar em juízo) e não a capacidade de direito propriamente dita.

Bem por isso é importante registrar uma crítica ao tratamento jurídico dedicado aos grupos despersonalizados pelo texto legal (Código de Processo Civil) e pela jurisprudência. É que a capacidade de estar em juízo (capacidade judiciária) é espécie da própria capacidade jurídica, sendo incoerente afirmar aquela sem esta, à luz da teoria da capacidade jurídica.<sup>92</sup>

A *massa falida* será representada pelo *síndico*, modernamente denominado *administrador judicial* pela nova legislação pertinente à matéria (Lei nº 11.101/05, art. 22, III, n), enquanto a *massa insolvente* (que nada mais é do que o acervo do empresário individual cujo passivo superou o ativo), pelo *administrador* (CPC, art. 761, I). Já a *herança jacente* ou *vacante* é representada pelo curador (CPC, art. 1.144, I), diferentemente do *espólio*, cuja incumbência é do inventariante, até o trânsito em julgado da sentença de partilha (CPC, art. 991, I). Finalmente, o *condomínio*<sup>93</sup> tem sua representação exercida pelo síndico. Já as *sociedades irregulares* e as *sociedades de fato* estarão em juízo por intermédio de seus próprios componentes, cuja personalidade e patrimônio se confundem com o da entidade.<sup>94</sup>

Por derradeiro, cumpre alinhar que a doutrina vem incluindo outras figuras jurídicas na categoria de *entidades despersonalizadas*, como os *grupos de consórcio* e os *grupos de convênio médico*<sup>95</sup> e eventuais *fundos criados no mercado de capitais – de ações, imobiliários ou de pensão*.<sup>96</sup>

Vindo um ente despersonalizado, eventualmente, a impor prejuízo a terceiro, os seus componentes respondem integralmente,<sup>97</sup> podendo, inclusive, serem acionados em nome próprio.

<sup>91</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 300.

<sup>92</sup> Reforçando a tese defendida, BARBOSA MACIEL dispara que “admitir ao sujeito capacidade judiciária sem admitir-lhe capacidade material não é cientificamente correto”, propondo uma revisão no citado posicionamento (*Capacidade & Entes não personificados*, op. cit., p. 102).

<sup>93</sup> Lembre-se de que o Código Civil de 2002 regulou tanto o *condomínio tradicional* ou *comum* (arts. 1.314 a 1.330), no qual existem apenas partes comuns a todos os condôminos, quanto o *condomínio edilício* (arts. 1.331 a 1.358), composto pela combinação de partes comuns e unidades autônomas.

<sup>94</sup> Por isso, a Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado 58 com o seguinte comando, reportando-se aos arts. 986 ss: “A sociedade em comum compreende as figuras doutrinárias da sociedade de fato e da irregular”.

<sup>95</sup> Afirmando esta ideia, PAULO NADER. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 251, para quem no grupo de consórcio “é indispensável a figura da *administradora do consórcio*, que possui personalidade jurídica própria, enquanto que o grupo consorcial é *despersonalizado*”. Em relação ao grupo de convênio médico, entende o ilustre jurista que “as duas categorias – pacientes e profissionais – firmam contratos de adesão com aquela que possui personalidade jurídica – a *administradora de convênios*. A situação do ponto de vista prático é idêntica à dos *grupos de consórcios*”. Também com idêntico raciocínio, SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 238-239.

<sup>96</sup> Exemplos mencionados por ARNOLD WALD. *Direito Civil: introdução e parte geral*, op. cit., p. 161-162.

<sup>97</sup> Também é assim no Direito português, como se pode inferir dos arts. 195/1, 197 e 198.



Em relação, ainda, às dívidas assumidas pelos entes despersonalizados, estampa o art. 1.024 do *Codex* um verdadeiro *benefício de ordem*, que a eles se aplica, reconhecendo, de algum modo, autonomia prioritária patrimonial – o que vem a reforçar a tese de necessidade da revisão do tratamento jurídico dispensado aos grupos despersonalizados. Segundo a dicção legal, os bens sociais serão tomados prioritariamente para o pagamento das dívidas da entidade despersonalizada, respondendo, subsidiariamente, os sócios, de forma solidária e ilimitada, pelas obrigações assumidas em nome do grupamento. Excepciona-se dessa regra, entretanto, aquele que contratou pela sociedade, em consonância com o art. 990 do Texto Codificado.

Nesse sentido foi aprovado o Enunciado 59 na Jornada de Direito Civil:

“Os sócios gestores e os administradores das empresas são responsáveis subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, conforme estabelecem os arts. 990, 1.009, 1.016, 1.017 e 1.091, todos do Código Civil”.

## 9

### CAPACIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A decorrência natural de se reconhecer personalidade jurídica à pessoa jurídica é o seu enquadramento como sujeito de direito pela ordem jurídica, passando a ter a potencialidade de titularizar relações jurídicas (patrimoniais), como as próprias pessoas humanas.

É reconhecida às pessoas jurídicas, por conseguinte, como corolário de sua personalidade, uma *capacidade jurídica geral* para as relações patrimoniais. Não se confunde, entretanto, com a personalidade e capacidade da pessoa humana, que, segundo a estruturação constitucional apresentada logo no art. 1º, inciso III, tem proteção privilegiada do sistema jurídico. Vale dizer, a tutela da pessoa humana é avançada e preferencial!

Dessa maneira, a pessoa jurídica, embora não titularize os direitos da personalidade, dispõe da proteção que deles decorre.

Assim, podem as pessoas jurídicas exercer *direitos potestativos* e *direitos subjetivos*, seja de índole patrimonial ou extrapatrimonial (inclusive os direitos da personalidade, no que couber), uma vez que dispõem de atributos da personalidade como o nome, o domicílio, a nacionalidade, a honra, a reputação etc. Como consequência natural, nada obsta que venham, eventualmente, a pleitear indenização por dano não patrimonial (chamado de dano moral), porque lhes é reconhecida a proteção dos direitos da personalidade (e não os direitos da personalidade, em si), *no que couber*, conforme a fórmula coerente do art. 52 da Lei Civil. Nessa esteira, inclusive, veio a ser cimentado o entendimento na Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, asseverando que a pessoa jurídica pode sofrer *dano moral, no que couber*. Obviamente, também podem titularizar direitos reais (propriedade, usufruto...), obrigacionais (ser credora) e sucessórios (ser herdeira ou legatária).

Não por outro motivo, a nossa melhor doutrina assevera serem reconhecidos à pessoa jurídica como atributos de sua personalidade a proteção de alguns direitos da personalidade, compatíveis com a sua falta de estrutura biopsicológica, como o direito ao nome, ao domicílio e à imagem.<sup>98</sup>

Somente não se admite que venha a pessoa jurídica a reclamar proteção de direitos incompatíveis com a sua natureza pela falta de organismo biopsíquico (como os direitos típicos de Família ou como a proteção da integridade física), bem como lhe são vedadas as atividades expressamente impedidas pelo ordenamento jurídico (como nos casos dos arts. 190, 176, § 1º, da Carta Magna, que proíbe, dentre outras hipóteses, concessões públicas para o aproveitamento de recursos minerais a empresas estrangeiras).

Ilustrativamente, portanto, é possível apontar que a pessoa jurídica faz jus à proteção do direito ao nome,<sup>99</sup> à marca,<sup>100, 101</sup> à honra objetiva,<sup>102</sup> à imagem<sup>103</sup> e ao direito autoral, por via indireta, quando a invenção ou o modelo de utilidade decorrerem de contrato de trabalho ou prestação de serviços.<sup>104</sup>

Hodiernamente, já se fala também, coerentemente, em reconhecer às pessoas jurídicas o direito ao *segredo*, em face da necessidade de reserva de informações em determinadas atividades empresariais, impedindo tráfico de tecnologia industrial, por exemplo. Com esse espírito, o art. 38 da Lei nº 4.595/64 trata do sigilo profissional nas atividades bancárias e o art. 155 da Lei nº 6.404/76 cuida do dever de segredo dos administradores das sociedades por ações.

Outro ponto atual refere-se à proteção relativa ao direito de imagem da pessoa jurídica. Isso porque o direito à imagem-atributo ganha novas dimensões, reconhecendo-se, agora, a proteção de um direito à imagem dos *produtos empresariais*, tutelando-se, assim,

<sup>98</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução, op. cit., p. 300.

<sup>99</sup> Submete-se o direito ao nome empresarial ao regramento imposto pela Lei nº 8.934/94, permitindo o registro do nome da pessoa jurídica com o intuito de protegê-lo.

<sup>100</sup> O direito à marca, que não se confunde com o direito ao nome, encontra-se regido pela Lei nº 9.279/96, entendendo-se como *marca empresarial* o sinal ou expressão destinado a individualizar os produtos ou serviços de uma empresa, identificando-os. Pode ser nominal ou verbal, formada por letras e/ou sinais. Tanto a marca, quanto o nome, admitem registro.

<sup>101</sup> É interessante anotar a possibilidade de colisão entre uma marca e um nome empresarial. Em casos tais, deve prevalecer aquele que primeiro ganhou notoriedade social, não se resolvendo simplesmente no âmbito registral. Já asseverou o STJ que “a colidência entre nome comercial e marca não se resolve simplesmente em função do registro desta no INPI, porquanto ambos gozam de proteção, sendo bastante a proteger aquele (o nome) o arquivamento (anterior) dos atos constitutivos no Registro de Comércio, que *in casu* é anterior” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 67.173/PE, Rel. Min. Costa Leite, DJU 1.7.1996).

<sup>102</sup> A jurisprudência fluminense proclamou ter “a pessoa jurídica honra objetiva, a ser protegida, pelo que é parte legítima para ocupar o polo ativo da ação em que pleiteia indenização por dano moral. A pessoa jurídica é uma realidade, e não uma ficção, podendo ser atingida em sua imagem, conceito público e credibilidade, o que integra a honra objetiva, que merece proteção da lei” (TJ/RJ, Ac. Unân., 10ª Câmara, Ap. Cív. 8.716/95, Rel. Des. Sylvio Capanema).

<sup>103</sup> Já se decidiu: “A pessoa jurídica, cuja imagem e bom nome devem ser tutelados, pode pedir reparação por dano moral, quando for vítima de injusta acusação de emissão de cheques sem fundos, com o consequente registro no Serasa” (TA/MG, Ac. 2ª Câmara, Ap. Cív. 210.491-8, j. 12.3.1996).

<sup>104</sup> O esclarecimento é prestado por PATRÍCIA GUERRIERI BARBOSA VIANA, fazendo referência à Lei nº 9.610/98, especificamente aos seus arts. 88 e 91, que aludem à titularidade do direito autoral pelo empregador. Cf. *Dano moral à pessoa jurídica*, op. cit., p. 79.

de forma mais efetiva, a atividade exercida por conta da evidente aproximação da imagem com a publicidade. Exemplo interessante é sugerido por LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, lembrando dos cigarros Marlboro, sempre ligados à imagem masculina, com caracteres fortes, para evidenciar a possibilidade de dano à imagem do produto proveniente de “uma notícia equivocada, que alterasse a imagem masculina forte do produto”.<sup>105</sup>

Não se pode esquecer que os arts. 1º, III, 3º e 5º, *caput*, e § 2º, da *Lex Mater*, priorizam a *cidadania e dignidade da pessoa humana*, dando maior amplitude aos direitos da personalidade – que são reconhecidos às pessoas naturais, como expressão de sua dignidade. Por isso, as pessoas jurídicas *não são titulares de direitos da personalidade*, até porque eles estão ancorados na dignidade da pessoa humana. Mas, a proteção deles lhes é reconhecida (CC, art. 52), por conta de uma expansão da tutela dos direitos da personalidade. Com isso, tutelam-se, também, as atividades desempenhadas pelas pessoas jurídicas. Tal expansão é fruto de um verdadeiro *atributo da elasticidade* inerente aos direitos da personalidade.

Sobreleva ressaltar, no entanto, que não se protege a personalidade da pessoa jurídica com o fito de maximizar desempenho econômico, mas, na realidade, como instrumento de tutela da realização de suas funções sociais.

É que o peso ético da pessoa jurídica é, às escâncaras, muito diverso do peso da pessoa humana<sup>106</sup> – para quem se estruturou a ordem jurídica. Por isso, avulta-se a proteção da personalidade humana, tutelando-se a personalidade da pessoa jurídica como meio de instrumentalização da própria tutela avançada do ser humano.

Observe-se, bem por isso, que, a partir do art. 52 do Código Civil, estabelecendo a aplicação da proteção dos direitos da personalidade à pessoa jurídica, *no que couber*, resta evidenciada a primazia da proteção da pessoa humana. É o que se extrai da lição de GUSTAVO TEPEDINO quando, após lembrar ser a pessoa jurídica merecedora de tutela nas situações relacionadas aos direitos da personalidade (como na proteção do sigilo industrial ou comercial ou do nome comercial), conclui que “a fundamentação constitucional dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos humanos, e a elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, e sobre a distinta natureza dos direitos que têm por objeto bens que se irradiam da personalidade humana em relação aos direitos (em regra patrimoniais) da pessoa jurídica, no âmbito da atividade econômica privada”.<sup>107</sup>

Não discrepa desse pensar o Professor mineiro CÉSAR FIÚZA, apresentando, muito lucidamente, as maneiras pelas quais se pode interpretar o comando 52 da Lei Civil: “A primeira, a mais óbvia e fácil, seria no sentido de entender que o legislador concedeu às pessoas jurídicas titularidade de direitos da personalidade. No entanto, de acordo com a segunda interpretação, menos óbvia, *a intenção da lei não é a de considerar a pessoa jurídica titular de direitos da personalidade, mas tão só de conferir um meio de proteção e de reparação às lesões sofridas pelas pessoas jurídicas no respeitante a seu nome ou reputação, de vez que tais lesões atingem, seja os sócios ou acionistas, seja o desenvolvimento de*

<sup>105</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*, op. cit., p. 120.

<sup>106</sup> O interessante raciocínio é de ASCENSÃO. *Direito Civil: teoria geral*, op. cit., p. 194.

<sup>107</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do novo Código Civil*, op. cit., p. XXVIII.

suas atividades econômicas”. E dispara não sem razão: “Em última instância, mesmo o art. 52 do Código Civil *visa proteger o ser humano*”.<sup>108</sup>

Nessa linha de ideias, é de clareza solar a afirmação de que os direitos da personalidade formam uma categoria jurídica voltada para a defesa e promoção privilegiada da pessoa humana, resguardando sua necessária dignidade, servindo, *em outra dimensão*, para também proteger pessoas naturais que estejam atreladas, de algum modo, a empresas. É que a diversidade de princípios e valores que inspiram a pessoa natural e a jurídica apresenta-se com tal magnitude que resultaria equivocado imaginar que os direitos da personalidade seriam categorias jurídicas *neutras*, aplicáveis à pessoa jurídica automaticamente, voltando-se para a sua tutela (que, normalmente, se prende a elementos econômicos).

Por isso, às pessoas jurídicas não são reconhecidos e assegurados, automaticamente, os direitos da personalidade, admitindo-se, na verdade, uma verdadeira *extensão da técnica dos direitos da personalidade para a sua proteção*.<sup>109</sup> Ou seja, empresta-se às pessoas jurídicas a técnica de proteção da personalidade para assegurar-lhe tutela jurídica contra violações de seus interesses.

Aliás, por isso mesmo, já se tem reconhecido, na jurisprudência, a possibilidade de a pessoa jurídica ser beneficiária da gratuidade judiciária. Em recente passagem, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a tese, exigindo, apenas, que esteja o grupamento impossibilitado de arcar com as despesas do processo. Veja-se a ementa do acórdão:

“Assistência judiciária – Justiça gratuita – Benefício pleiteado por pessoa jurídica – Indeferimento sob o único argumento de tratar-se de empresa – Inadmissibilidade – Possibilidade de concessão, desde que comprovadas as dificuldades em suportar as despesas do processo. É possível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, desde que esta esteja impossibilitada de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a sua própria manutenção, sendo inadmissível que o benefício seja indeferido sob o único argumento de tratar-se de empresa, sem maiores fundamentações” (STJ, Ac. 1ª T., Rcl. 1.037/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.5.2002, DJU 24.6.2002, RT 806: 129).<sup>110</sup>

## 10 DOMICÍLIO

Em razão da falta de estrutura biopsicológica, não se travarão discussões doutrinárias em relação ao domicílio da pessoa jurídica como ocorre com as pessoas naturais, por consequência da falta do elemento realístico, representado pela residência.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> FIÚZA, César. *Direito Civil*: curso completo, op. cit., p. 143-144.

<sup>109</sup> Todo esse raciocínio é formulado, com destreza invulgar, por GUSTAVO TEPEDINO. *A Parte Geral do novo Código Civil*, op. cit., p. XXIX.

<sup>110</sup> Em coerente linha de entendimento, no mesmo sentido do acórdão, veja-se o texto de JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LEAL, publicado no *Jornal A Tarde*, em Salvador, percebendo que o deferimento da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas que precisam do benefício importa “geração de tributos e riquezas”, além de respeito ao “amplo e fácil acesso à Justiça” garantido constitucionalmente.

<sup>111</sup> Nesse diapasão, ASCENSÃO. *Direito Civil*: teoria geral, op. cit., p. 253.

O domicílio da pessoa jurídica é, então, a sua *sede jurídica*. Isto é, o seu domicílio será o local em que exerce as suas atividades habituais, em que tem o seu governo, a sua administração e direção ou, ainda, o local que estiver indicado nos seus atos constitutivos.<sup>112</sup>

Entretanto, conforme a sua inserção no direito público ou privado, o domicílio da pessoa jurídica sofrerá algumas variações. O Código Civil, em seu art. 75, indica o domicílio das pessoas jurídicas de direito público, fixando-o da seguinte forma:

Código Civil, art. 75:

“Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

I – da União, o Distrito Federal;

II – dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;

III – do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

IV – das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos”.

Não é despidendo lembrar que as pessoas jurídicas de direito público serão representadas em juízo, ativa e passivamente, na forma indicada pelo art. 12 do Código de Processo Civil, que pode ser sintetizada do seguinte modo: (i) a União, pelo Presidente da República ou pelos advogados da União;<sup>113</sup> (ii) os Estados e o Distrito Federal e territórios, por seus procuradores; (iii) o Município, pelo seu prefeito ou por procurador; (iv) as demais pessoas jurídicas de direito público pela pessoa indicada nos seus estatutos ou na lei orgânica respectiva.

De acordo com a Convenção de Viena, de 1961, cabe, além do respectivo Chefe do Poder Executivo, ao embaixador representar o seu país perante a ordem jurídica onde exercer suas atividades diplomáticas.

No que concerne às pessoas jurídicas de direito privado, a sua sede jurídica pode ser *natural*, *legal* ou *convencional*.<sup>114</sup> *Natural* é o domicílio decorrente do funcionamento da diretoria ou administração da pessoa jurídica, bem como de suas respectivas filiais, sucursais ou agências, uma vez que, possuindo diversos estabelecimentos em lugares distintos, reputar-se-á domiciliada em qualquer deles, para os atos neles praticados, como esclarece o § 1º do art. 75 da Codificação. Já o domicílio *legal* é o que decorre de expressa previsão da norma jurídica, como ocorre no § 2º do citado art. 75 da Lei Substantiva, ao estabelecer que, “se a administração ou diretoria tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas

<sup>112</sup> O Enunciado 55 da Jornada de Direito Civil informa: “O domicílio da pessoa jurídica empresarial regular é o estatutário ou o contratual, em que indicada a sede da empresa, na forma dos arts. 968, IV, e 969, combinado com o art. 1.150, todos do Código Civil”.

<sup>113</sup> A Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, em seu art. 4º, § 1º, traz a referida norma, ressaltando, em seu art. 12, que à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional caberá a representação privativa da União Federal nas ações de execução da dívida ativa de natureza tributária, bem como nas demais ações de natureza fiscal.

<sup>114</sup> Utilizando-se desse critério distintivo, R. LIMONGI FRANÇA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 82.

por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder”. Ou seja, o seu domicílio nesse caso será o lugar da agência que contraiu a obrigação. Por seu turno, o domicílio *convencional* ou *estatutário* é aquele estabelecido no ato constitutivo, regularmente registrado.

Em outras palavras, o domicílio fixado estatutariamente não é imutável, podendo a pessoa jurídica ter múltiplos domicílios, fixados por lei ou pelo próprio exercício da atividade empresarial.

Via de consequência, é intuito reconhecer às pessoas jurídicas, também, a possibilidade de *pluralidade de domicílios*. Assim reconhece o enunciado da Súmula 363 do Pretório Excelso, vazada em termos claros: “A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência ou estabelecimento em que se praticou o ato”.

A importância do reconhecimento da *multiplicidade de domicílios* é evidente: facilitar a propositura de ações judiciais contra as pessoas jurídicas, permitindo que a vítima a acione onde travou relações jurídicas.

Registre-se, concluindo a análise do tema, que a pessoa jurídica de direito privado será representada em juízo por quem estiver indicado nos respectivos estatutos ou contrato social. Na ausência de previsão específica, qualquer dos sócios representará a pessoa jurídica.<sup>115</sup>

## 11

## RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DA PESSOA JURÍDICA

### 11.1 Noções gerais e teoria da aparência

Em razão da autonomia e independência de sua personalidade jurídica, é certo e incontroverso que as pessoas jurídicas respondem integralmente por seus atos, com o seu patrimônio social, não se confundindo com o patrimônio e a personalidade de seus sócios-instituidores.

Resta, assim, superada definitivamente a ideia de irresponsabilidade (total ou parcial) da pessoa jurídica.<sup>116</sup>

Aliás, tem sede constitucional a previsão de que a pessoa jurídica responderá pelos seus atos, sem desconsiderar a responsabilização individual de seus dirigentes, consoante o texto do § 5º do art. 173 da *Lex Fundamental*: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Como sói acontecer, no exercício de suas atividades, a pessoa jurídica, necessariamente, trava relações jurídicas com terceiros, sendo possível que de tais condutas,

<sup>115</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, op. cit., p. 412-413.

<sup>116</sup> Assim, SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 246.



praticadas pelos seus representantes, integrantes, prepostos, empregados ou prestadores de serviços, decorram danos (patrimoniais ou extrapatrimoniais). Ocorrendo um dano, gerado por uma pessoa jurídica, deverá a entidade reparar integralmente o prejuízo sofrido pela vítima.

A responsabilidade da pessoa jurídica, também dita *responsabilidade empresarial*, pode decorrer da violação de obrigações previstas em negócios jurídicos (responsabilidade contratual, sediada no art. 389 do Código Civil) ou da infringência de deveres legais ou sociais, consistentes estes nos princípios gerais de direito (responsabilidade extracontratual ou aquiliana, com esteio nos arts. 186 e 932, III, da Codificação).

A questão da responsabilidade das pessoas jurídicas pelas obrigações assumidas por quem está regularmente investido nos poderes de representação e administração não desperta debates, por se tratar de consequência normal. A redação do art. 47 da Lei Civil é de clareza solar, estabelecendo a responsabilidade empresarial pelos atos praticados nos limites dos poderes definidos nos atos constitutivos.

A controvérsia funda-se, como bem observa RENAN LOTUFO,<sup>117</sup> na possibilidade de prática de atos em nome da sociedade, extrapolando os limites da representação ou, até mesmo, sem poderes para tanto. Nesse caso, é possível cogitar da responsabilidade empresarial “decorrente da aparência, isto é, a oriunda daqueles que, sem estarem regularmente investidos nos poderes de representação, ou na administração, atuam de forma continuada e sem oposição das sociedades, de maneira a aparentar perante terceiros que são os regulares administradores e/ou representantes”. É o acolhimento do princípio da boa-fé, fazendo com que terceiros que estão, *aparentemente*, negociando com a pessoa jurídica estejam protegidos, responsabilizando-a mesmo não se tratando de ato próprio da sociedade.

Justifica-se tal solução (responsabilização da pessoa jurídica pelos atos praticados *aparentemente* em seu nome) porque a realidade exterior, diante de certas circunstâncias, faz com que o sujeito que exercita determinada conduta inspire em outrem, de boa-fé, a certeza de que está, de fato, celebrando negócios com a própria pessoa jurídica. Daí a perfeita síntese de Díez-Picazo e Gullón, justificando a adoção da teoria da aparência pela ordem jurídica:<sup>118</sup> “A segurança do tráfico jurídico impõe ocasiões em que os atos e os negócios jurídicos possam realizar-se validamente confiando na aparência de titularidade daquelas pessoas que pública e notoriamente se apresentam como titulares, sem necessidade de investigar minuciosamente os verdadeiros títulos de que estão investidas, pois tal investigação faria impossível o tráfico”.<sup>119</sup>

Ou seja, responde também a pessoa jurídica pelos atos que seus integrantes ou prepostos (em sentido amplo) praticam, *aparentemente*, em seu nome, ainda que extrapolando

<sup>117</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 137.

<sup>118</sup> Outros exemplos de acolhimento da teoria da aparência pelo Direito Civil brasileiro podem ser lembrados com as figuras do mandatário aparente (CC, art. 686), do herdeiro aparente (CC, art. 1.817) e do pagamento ao credor aparente (CC, art. 309), conforme anotação de LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 500.

<sup>119</sup> Díez-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, op. cit., p. 433.

os limites dos poderes que detinha, salvo se o prejudicado conhecia tal situação (afinal, ninguém pode se valer de sua própria torpeza).

Corretamente, já proclamou a jurisprudência que a apresentação de preposto, “perante o segurado como se seguradora fosse, torna-a responsável pelo pagamento da indenização securitária, bem como pela obrigação de natureza previdenciária”.<sup>120</sup>

Aplica-se, por igual, a teoria da aparência em situações envolvendo diferentes pessoas jurídicas. Assim, em hipóteses nas quais uma pessoa jurídica pratica atos em nome próprio, utilizando-se de sua credibilidade, mas em favor de outrem,<sup>121</sup> há responsabilização com esteio na aparência fática. Também não é rara a utilização da marca empresarial e publicidade de outra empresa, vindo esta a responder solidariamente pelos danos causados a terceiros por aquela, com base na teoria da aparência, pois, aos olhos do *homo medio*, quem cede a marca está participando do resultado.<sup>122</sup>

É situação corriqueira em atividades turísticas, quando a venda de pacotes de viagens é feita através de agências ou operadoras de turismo, a utilização de seu prestígio e boa fama. Por isso, é razoável que respondam solidariamente por danos ocasionados ao turista que confiou no produto ofertado se houver dano causado pelo hotel, a partir do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor. Já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

“A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.4.2001).

## 11.2 Responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público

### a) Generalidades sobre a responsabilidade estatal

Obedecendo às condições políticas de épocas passadas, prevaleceu na metade do século XIX a afirmação da *irresponsabilidade* do Estado e de suas entidades pelos atos praticados por seus agentes, bem descrita pelas universais expressões *the king can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*. Se o Estado Liberal não tinha, em linhas gerais, atuação em relações entre particulares, decorria logicamente dessa conformação política a sua

<sup>120</sup> TJ/RS, Ac. 6ª Câ. Civ., Ap. Civ. 598.555.803, Rel. Des. João Pedro Freire, j. 29.3.2000.

<sup>121</sup> Vale a pena, pelo brilhantismo, trazer à liça decisão da Corte gaúcha em interessante caso de aplicação da teoria da aparência entre pessoas jurídicas: “Teoria da aparência. Desconhecimento de cláusulas relativas ao uso do imóvel. Art. 49, CDC. É parte legítima para figurar no polo passivo da ação de resolução de contrato internacional de promessa de compra e venda de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade a empresa brasileira que, no Brasil, promove a informação, publicidade e oferta do empreendimento a ser realizado no exterior, como se fosse titular do direito. A transmissão da confiança de uma situação jurídica e a omissão de sua real condição de mandatária importa a sua responsabilização pela contratação” (TA/RS, Ac. 9ª Câ. Civ., Ap. Civ. 196.182.760, Rel. Juíza Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 19.11.1996).

<sup>122</sup> Nesse sentido: “Consórcio. Teoria da aparência. Publicidade. Responsabilidade civil. A empresa que permite a utilização de sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era a responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 113.012/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.3.1997).

irresponsabilidade.<sup>123</sup> O ressarcimento pelo prejuízo resultante de eventual ato lesivo deveria ser obtido junto aos próprios servidores do Poder Público.

Presas a influências nitidamente políticas, a tese da irresponsabilidade estatal vigorou por muito tempo em determinados países, como os Estados Unidos e a Inglaterra, que somente vieram a admitir a responsabilidade da administração pública em 1946 (através do *Federal Tort Claims Act*) e em 1947 (pelo *Crowne Proceeding Act*), respectivamente.

Alteradas as diretrizes políticas, surge a doutrina da responsabilidade estatal no caso de ação culposa de seu agente, inaugurando uma fase privatista ou civilista na compreensão da responsabilidade do Estado, impondo-se à vítima a comprovação da culpa ou dolo do agente público pelo dano causado.

Mais adiante, evolui o tratamento jurídico da matéria, admitida a responsabilização estatal independente da identificação do agente causador do prejuízo, bastando ao ofendido demonstrar o *mau funcionamento do serviço público*. Era a chamada *culpa anônima* ou *falta do serviço*, caracterizada pela inexistência de serviço, mau funcionamento dele ou simples retardamento na sua prestação.

A evolução da sociedade e o aumento populacional, a dinâmica das atividades do Estado, a natural complexidade na prestação do serviço público e a utilização de modernas tecnologias pelo Poder Público, no entanto, reclamavam um tratamento jurídico mais consentâneo e atual. Não era crível pudesse a responsabilidade estatal estar submetida ao elemento anímico (a culpa), o que impunha considerável dificuldade ao ofendido para reclamar seus direitos. Surge, assim, a teoria da *responsabilidade objetiva do estado*, dispensada a prova da sua culpa, submetida ao próprio *risco da atividade administrativa*, que deve ser suportado por quem a exerce.

Assim, com “lastro em fundamentos de ordem política e jurídica”, adotam os ordenamentos modernos a teoria do risco administrativo, percebendo que deve o Poder Público “arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior”, na aguçada percepção de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO.<sup>124</sup> A toda evidência, são postulados de *justiça social* e *equidade*, mitigando a natural dificuldade do particular de comprovar a culpa da administração pública.

Nessa esteira, a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público está submetida, hodiernamente, a tratamento firmado em nível constitucional – desde a Constituição Federal de 1946 –, com regras avançadas que impõem a *responsabilidade objetiva* do Estado e de suas entidades, com esteio na teoria do *risco administrativo*<sup>125</sup> (e não no *risco integral*, como afirmou o Supremo Tribunal Federal, em RDA 55: 261 e 58: 319), eliminando, por conseguinte, qualquer discussão sobre o elemento anímico (a culpa).

<sup>123</sup> Nessa esteira, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 446.

<sup>124</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 448.

<sup>125</sup> Comunga com esse entendimento ARNALDO RIZZARDO. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 277. Identicamente, CAIO MÁRIO sustenta o princípio do risco administrativo como substrato para a responsabilidade estatal, inclusive tendo registrado tal opção em seu projeto de Código Civil. Cf. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 327.

A partir disso, o prejudicado não precisa provar a culpa – em sentido amplo – do agente público que causou o dano, bastando provar a conduta, o dano e o nexo causal entre um e outro. E mais ainda: o Poder Público também não poderá provar que o seu agente não atuou culposamente, pois não se discute a culpa em hipóteses de responsabilidade objetiva.<sup>126</sup> Enfim, ainda que sua conduta seja lícita, poderá a Administração ser responsabilizada, se causou dano a terceiro, por conta do acolhimento da teoria do risco.

Exatamente por isso, o Estado somente poderá ser exonerado da responsabilidade imputada se provar a ocorrência de conduta exclusiva da vítima, fato de terceiro ou, ainda, caso fortuito ou força maior.

Nem mesmo a ocorrência de culpa concorrente com terceiro exonera a responsabilidade civil do Poder Público. Nesse caso, haverá responsabilização de ambos, proporcional à conduta de cada um. Nesse mesmo caminho, a conduta concorrente da vítima também não exonera a responsabilidade estatal, apenas autorizando a redução proporcional do *quantum* indenizatório. A título ilustrativo, vale colacionar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que determinou a compensação das condutas do Estado e do particular em caso no qual o proprietário de um imóvel residencial realizou edificação em encosta de colina, no apazível e histórico município de Petrópolis (RJ), sem as necessárias cautelas e comprometendo a estabilidade da elevação. Vindo o imóvel a ser destruído por fortes chuvas e demonstrada a conduta lesiva do Município consistente em não ter proibido a construção no momento oportuno (concessão do alvará de construção), bem entendeu a Corte fluminense que deveria haver *partilha de responsabilidade e, por consequência óbvia, nos danos a compor, reduzindo-se a imposição do ressarcimento dos danos apurados*.<sup>127</sup>

Aliás, o próprio Código Civil, em seu comando 945, reza que, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Há possibilidade de o lesado acionar o Estado, até mesmo se o servidor público veio a ser absolvido em esfera criminal, em face do princípio da independência do juízo civil em relação ao penal.

#### **b) A extensão da responsabilidade objetiva do Estado na Constituição da República**

O art. 37, § 6º,<sup>128</sup> da Magna Carta estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público, trazendo algumas importantes inovações.

*Primus*, foi substituída a expressão *funcionário público* por *agente público*, que é mais ampla, abrangendo todos os que colaboram para o funcionamento do serviço público, como, *e. g.*, o Presidente da República, Governador do Estado, membros do Ministério

<sup>126</sup> Também entende assim, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 76.

<sup>127</sup> TJ/RJ, Ac. Unân., 1ª Câmara, Ap. Cív. 5.237/94, Rel. Des. Ellis Figueira, j. 24.3.1995, *Adcoas*, nº 1000383.

<sup>128</sup> Art. 37, § 6º, Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Público, dos Tribunais de Contas, e até mesmo os agentes sem vínculo típico de trabalho e os colaboradores sem remuneração.<sup>129</sup>

*Secundus*, foi ampliada a responsabilidade objetiva para alcançar também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, através de concessão e permissão de serviço público, atingindo, agora, todo e qualquer particular que esteja no exercício de atribuição pública. Estão aqui abarcadas, inclusive, as entidades de cooperação governamental (os chamados serviços sociais autônomos, como o SESI, SESC, SENAI, entre outros), pelo imprescindível vínculo que mantêm com o Estado, inclusive estando obrigadas à prestação de contas dos recursos auferidos.<sup>130</sup>

Há interessante precedente na Corte Suprema abordando a responsabilidade objetiva:

“A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público” (STF, Ac. 2ª T., RE 179.147-1/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 27.2.1998, p. 18).

Sintetizando: as pessoas jurídicas de direito público, os entes da administração indireta – inclusive as pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista e empresas públicas) – e as pessoas jurídicas de direito privado que exercem serviço público, por concessão ou permissão, respondem objetivamente, independentemente de culpa, pelas condutas lesivas de seus agentes, exceto quando provenientes de conduta exclusiva da vítima, de fato de terceiro ou de caso fortuito ou força maior.

### ***c) A responsabilidade objetiva do Estado e as condutas omissivas***

Sobreleva abordar, ainda, importante questão decorrente da responsabilidade civil do Estado. Trata-se de definir o alcance da responsabilidade objetiva do Estado, estabelecendo se a responsabilização do Estado é objetiva (independendo da culpa) para as condutas comissivas e omissivas do Poder Público ou se, diferentemente, ficaria restrita às condutas comissivas, impondo ao particular ofendido provar a culpa do Poder Público pelos prejuízos decorrentes de condutas omissivas.

Em que pese as divergências doutrinárias acerca do tema, a questão tem solução na própria norma constitucional. É que a atividade administrativa aludida no dispositivo constitucional (art. 37, § 6º) abarca tanto as condutas comissivas, quanto as condutas

<sup>129</sup> O Supremo Tribunal Federal já teve ensejo de proclamar esse entendimento em aresto no qual se deliberou que, “constatada a confecção, ainda que por tabelionato não oficializado, de subestabelecimento falso que veio a respaldar escritura de compra e venda fulminada judicialmente, impõe-se a obrigação do Estado de ressarcir o comprador do imóvel” (STF, RE 175.739/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *Informativo STF* 139, DJU 3.3.1999).

<sup>130</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 452.

omissivas, ao contrário do que sustentam alguns administrativistas.<sup>131</sup> Deve o particular, então, demonstrar que a omissão estatal foi o fato deflagrador do dano causado (estabelecendo, assim, o imprescindível nexo de causalidade). Não é, pois, qualquer omissão estatal que gera o dever de indenizar. Somente aquelas a partir das quais decorre o próprio evento lesivo.

É oportuno, inclusive, espantar o eventual receio de alguns juristas de que a responsabilização objetiva do Estado por condutas omissivas pudesse gerar uma imputação geral de responsabilidade ao Poder Público. É preciso perceber, a partir de simples análise da teoria da responsabilidade civil, que, além da conduta omissiva estatal, devem estar presentes os demais pressupostos do dever de indenizar, quais sejam, *dano* e *nexo de causalidade*, exigindo-se que o prejuízo sofrido pela vítima (patrimonial ou moral) seja decorrente de *conduta omissiva direta e imediata* do Poder Público, como se depreende da simples leitura do art. 403 do Código Civil. Exemplificando: não se pode imputar ao Estado a responsabilidade por um assalto em via pública. Todavia, se o local em que se praticou o delito não tinha policiamento, apesar de alta incidência criminógena, ou se o policial que se encontrava ali quedou inerte, haverá responsabilidade do Poder Público independentemente de culpa, por conduta omissiva.

Sintetizando a questão, elucida, com clareza, SÉRGIO CAVALIERI FILHO que a responsabilidade objetiva do estado abrange não apenas condutas comissivas, mas, por igual, condutas omissivas específicas, por aí existir um dever individualizado de agir. E exemplifica: “Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas, se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado”.<sup>132</sup>

Em reforço, vale sublinhar que a solução que melhor reverencia o Texto Constitucional é no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado para as condutas comissivas e também para as condutas omissivas. Não para qualquer tipo de omissão, mas, tão só, para as *omissões específicas*, quando houver “falta ou imperfeição no dever de agir imposto pela lei ou pelas circunstâncias do caso concreto, não havendo que se falar em responsabilidade civil nos casos de *omissão genérica*, em que inexistente individualizado dever de agir da Administração, igualmente apurável levando-se em

<sup>131</sup> Corroborando da responsabilização objetiva do Estado mesmo nas condutas omissivas específicas, cf. SÉRGIO CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 247, que chega a exemplificar com a possibilidade de ser acionado o Poder Público pelo dano causado por um automóvel sem condições de tráfego que foi liberado e emplacado pelo órgão estatal competente. Em sentido inverso, sustentando ser subjetiva a responsabilidade estatal pelas condutas omissivas, cf. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 871-872, e RENAN MIGUEL SAAD. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*, op. cit., p. 67.

<sup>132</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 247.



consideração os ditames legais ou as circunstâncias do evento danoso”, como explica LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO.<sup>133</sup>

Apesar de uma visível inclinação pela posição dos administrativistas, no sentido de que o Estado somente responderia objetivamente por condutas comissivas, já se colhe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal importantes precedentes, reconhecendo a responsabilidade objetiva do Poder Público por condutas omissivas, em especial no que tange à responsabilidade objetiva estatal pela “integridade física dos que se encontram sob sua custódia” (STF, Ag.Rg.RE 190.772-0, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Informativo STF* 112). Em outra significativa passagem, oriunda do Paraná, a Corte Suprema reconheceu a um particular o direito de ser indenizado pelo Poder Público dos prejuízos causados em sua propriedade pelo Movimento dos Sem-Terra, em razão de o Estado ter deixado de cumprir decisão judicial (conduta omissiva) que determinou o reforço do policiamento naquela localidade para evitar a invasão (STF, RE 283.989/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.9.2001, *Informativo STF* 241, set. 2001).

**d) Direito de regresso do Estado e a questão da denúncia da lide ao agente público causador do dano**

Outra questão intrincada concerne ao reconhecimento e exercício do direito de regresso da pessoa jurídica de direito público – que eventualmente veio a ser responsabilizada (de forma objetiva, sem discutir a culpa) – em relação ao agente público que cometeu o ato lesivo.

De logo, é importante afirmar, sem qualquer dúvida, a possibilidade de a Administração Pública exercer o regresso, ressarcindo-se do prejuízo causado pelo seu agente. Perceba-se que, nesse caso (exercício de regresso pelo Estado), a responsabilidade do agente é subjetiva, devendo o Poder Público, necessariamente, comprovar a culpa do seu servidor para que possa vir a ser reembolsado da quantia dispendida.

Giza, *in verbis*, o art. 43 do Código Civil:

Art. 43, Código Civil:

“As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

O direito de regresso do Poder Público em relação ao seu agente causador do dano não obsta o eventual exercício de ação por ato de improbidade administrativa (disciplinada na Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, também conhecida como Lei do Colarinho Branco). A ação por ato de improbidade administrativa não constitui hipótese de exercício do direito de regresso, com o fito de recompor os cofres públicos. Trata-se de ação direta contra o agente público que causou prejuízo ao patrimônio público ou social, enriqueceu indevidamente ou violou os princípios constitucionais da Administração Pública (os tipos da improbidade administrativa estão tracejados nos

<sup>133</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil*, op. cit., p. 91.

arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa). Lembre-se, inclusive, que, muito embora exista prazo prescricional quinquenal para a imputação do ato de improbidade administrativa, o pedido de ressarcimento do Erário é sempre imprescritível.

Parcela de nossos pretórios entende, sem muita razoabilidade, não ser necessário ao Poder Público aguardar o deslinde da ação indenizatória contra ele ajuizada para que exerça o seu direito regressivo contra o agente. Discrepamos desse posicionamento, uma vez que o exercício do direito de regresso dependerá da prévia condenação do Estado.<sup>134</sup>

Entendemos, demais disso, que deverá o ofendido (vítima do evento danoso) aforar a sua ação reparatória contra o Poder Público, não podendo dirigir-se diretamente contra o agente público, nem, tampouco, formar um litisconsórcio entre o Estado e o seu agente. É o chamado *princípio da dupla garantia*, na medida em que a norma constitucional termina por consagrar uma garantia em favor do particular prejudicado (possibilitando o ajuizamento da ação reparatória de danos contra a pessoa jurídica, o que confere uma maior possibilidade ressarcitória) e outra em prol do agente público estatal (que somente responderá na hipótese de condenação estatal). No ponto, inclusive, vale frisar que o entendimento recentemente cristalizado da Corte Suprema veio ao encontro do que sustentávamos de há muito, nessa sede, reconhecendo a ilegitimidade do agente público para figurar como réu da ação ressarcitória:

“O § 6º do art. 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (STF, Ac.1ª T., RE 327.904/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 15.8.2009).<sup>135</sup>

<sup>134</sup> Com ponderados argumentos, aos quais se anui expressamente, entendendo estranha a possibilidade de o Estado poder cobrar o seu regresso antes da condenação na ação promovida pelo particular, visto que “poderia ele receber a indenização de seu servidor sem ter pago anteriormente nem vir a pagar no futuro qualquer indenização ao lesado e, em consequência, sem sofrer qualquer lesão patrimonial que pudesse amparar o pedido indenizatório regressivo”, consulte-se JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 474.

<sup>135</sup> O Supremo Tribunal Federal já havia, anteriormente, assentado que, em se tratando de dano causado por juiz, no exercício de suas funções jurisdicionais, a ação reparatória eventualmente ajuizada deve estar dirigida em face da pessoa jurídica e não do seu servidor, em razão de se tratar de agente político do Estado, não se vislumbrando responsabilidade concorrente, mas apenas aquela decorrente do exercício do direito de regresso, consoante entendimento assentado no julgamento do RE 228.977/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 12.4.2002.

Realmente, não há como se permitir uma responsabilidade *per saltum* do agente público, antes mesmo da condenação estatal.

Ainda tratando do direito de regresso estatal contra o agente público causador do dano, apresenta-se uma intrigante questão: poderia o Poder Público, acionado para responder sozinho e objetivamente pelo dano causado a terceiro, denunciar da lide, nos termos do art. 70 do Código de Processo Civil, para o seu agente, convocando-o para intervir, participar, da mesma relação jurídica processual em que foi demandado e nela já obter o seu direito de regresso? A questão é de grande relevo teórico e prático e tem sido alvo de acesos debates, pertencendo à área cinzenta do Direito.

Em primeira visão, infere-se o total descabimento da denúncia da lide pelo Estado ao seu agente, em razão do prejuízo que se imporá ao autor da ação (vítima do evento danoso), que restaria prejudicado pela inserção na demanda do elemento subjetivo, já que o Estado teria a possibilidade de discutir a culpa de seu agente.<sup>136</sup> Em resumo: não teria cabimento retirar o benefício que a Constituição outorgou ao particular ofendido ao dispensar a prova da culpa na responsabilização do Estado. De fato, autorizar cegamente a denúncia da lide, nessa hipótese, implicaria em mesclar a responsabilidade objetiva do Poder Público (fundada no risco da atividade administrativa) com a responsabilidade subjetiva do agente (baseada na sua culpa), acrescentando um elemento estranho ao processo reparatório.

De outra banda, contudo, há de se lembrar que, não raro, a própria vítima (autora da ação reparatória) já fundamenta o seu pedido indenizatório na culpa do agente estatal. Em tais hipóteses, considerando que não há vedação no ordenamento jurídico para que o Estado se valha da litisdenúnciação, é razoável permitir a convocação do agente pelo Poder Público para garantir o seu regresso, pois não haverá qualquer inovação no objeto cognitivo do processo.

Trata-se, assim, de simples técnica de ponderação dos interesses em conflito: *se o ofendido funda o seu pedido reparatório na teoria do risco, sem discutir a culpa, não será tolerável a denúncia da lide, sob pena de ampliação indevida do objeto do processo; entretanto, se a própria vítima já sustenta o pedido indenizatório na conduta culposa do agente, não há motivo para obstar a denúncia da lide (CPC, art. 70), que em nada lhe prejudicará.*

Corroborando dessa solução, DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR escreve que a solução ideal para o problema da litisdenúnciação pelo Estado ao seu agente “dependerá da existência ou não de fundamento novo com a denúncia. Assim, se o autor propõe a ação de reparação de danos invocando, exclusivamente ou não, fundamento relacionado à culpa ou dolo do agente público, é possível a denúncia da lide pelo Estado ao seu agente, pois nessa hipótese a denúncia não propiciará fundamento novo. Caso contrário, não é admissível a denúncia”.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> No mesmo diapasão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o Enunciado Cível nº 21 (Aviso TJ nº 44, publicado no DOERJ 3.9.2001), vazado nos seguintes termos: “Em ação de indenização ajuizada em face de pessoa jurídica de direito público, não se admite a denúncia da lide ao seu agente ou a terceiro (art. 37, § 6º, da CF)”.

<sup>137</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 306.

No seio do Superior Tribunal de Justiça prevaleceu essa tese, acolhendo-se o entendimento aqui esposado, admitindo, ou não, a denunciação da lide ao agente público causador do dano, a partir de técnica de ponderação dos interesses, desde que não implique em ampliação do objeto cognitivo do processo, com a inserção de fato novo, estranho à petição inicial. Bem por isso, já se disse que “melhor se recomenda a corrente que não permite a denunciação nos casos de alegação do direito de regresso cujo reconhecimento demandaria análise de fundamento novo não constante da lide originária” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 210.607, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.2002, p. 369).

Em igual sentido: “Denunciação da lide. Anulação de escritura. Cartório. Estado. Inadmissibilidade. Não se admite a denunciação da lide pretendida com base no inciso III do art. 70 do CPC, se o seu desenvolvimento depender da realização de outras provas além daquelas que serão produzidas em razão da própria necessidade instrutória do feito principal, em face da introdução de elemento novo. Recurso não conhecido” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 433442/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 24.9.2002, DJU 25.11.2002).

De qualquer sorte, convém destacar que o Estado não é obrigado a denunciar da lide ao seu agente, podendo exercer o seu direito de regresso autonomamente, através de ação própria, posterior à sua condenação.<sup>138</sup>

#### e) *Prescrição*

Merece referência, ademais, o *prazo prescricional da pretensão reparatória de danos contra a Fazenda Pública*.

Realmente, a ação promovida pelo particular contra a Administração Pública tem de ser ajuizada dentro do prazo prescricional previsto na norma jurídica.

De saída, convém lembrar que o Decreto nº 20.910/32 estabelece o prazo de cinco anos para o exercício de pretensões contra as pessoas jurídicas de direito público, no momento em que o lapso prescricional para as ações reparatórias de danos comuns era de 20 anos. Em seguida, o Decreto-lei nº 4.597/42 elasteceu a regra para alcançar, também, as autarquias. Na mesma linha de raciocínio, a Lei nº 9.494/97 (com as modificações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) consignou o prazo quinquenal para a prescrição de pretensões reparatórias contra pessoas jurídicas de direito privado prestadoras do serviço público.

Com o advento do Código Civil de 2002, contudo, a matéria merece uma reflexão mais acurada. É que o art. 206, § 3º, V, da Lei Civil estabelece uma regra específica sobre a matéria, servindo de cláusula geral acerca da prescrição das pretensões indenizatórias, assinalando o prazo de três anos. Assim, averbe-se que a responsabilidade civil do Estado estará sujeita ao prazo prescricional genérico, devendo a ação de reparação dos danos contra o Poder Público ser ajuizada no prazo de três anos, contados do

<sup>138</sup> É o que entende o Superior Tribunal de Justiça, como se pode notar de alguns de seus precedentes, como, por exemplo, o EREsp.313.886/RN, Ac. 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 22.3.2004.

surgimento da pretensão (o que se consubstancia no momento em que se torna viável, possível, requerer em juízo a pretensão descumprida).

A justificativa é simples: se a intenção dos diplomas legais que contemplaram o prazo prescricional quinquenal em favor do Estado era reduzir a regra geral da prescrição civil (que no Código Civil de 1916 era vintenária), não tem sentido imaginar que, reduzida a prescrição geral da pretensão reparatória, permanecesse o Poder Público com o prazo mais elástico. Com igual pensar, o administrativista JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO esclarece que, como a norma civil faz referência genérica, é “forçoso reconhecer que a redução do prazo beneficiará tanto as pessoas públicas como as de direito privado prestadoras de serviços públicos”, concluindo, com precisão cirúrgica, que *a prescrição da pretensão de terceiros contra tais pessoas, sejam de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público, é trienal e não mais quinquenal*.<sup>139</sup>

Não fossem bastantes os argumentos expostos, mencione-se que o art. 10 do Decreto nº 20.910/32 (que regulamentava a prescrição contra a Fazenda Pública) já esclarecia que “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”.

Todavia, o nosso posicionamento restou vencido no âmbito da jurisprudência superior. Deliberando sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o prazo prescricional para as pretensões dirigidas contra o Poder Público é, realmente, de cinco anos, aplicando a *norma legal específica* (o Decreto nº 20.910/32) que afastaria, portanto, a norma genérica contida no Código Civil de 2002.<sup>140</sup> Com isso, superam-se as divergências, com o propósito de conferir uma pacificação no que tange à interpretação do tema, fixando o entendimento de que as pretensões indenizatórias dirigidas contra o Estado submetem-se ao prazo prescricional de cinco anos.

<sup>139</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 470.

<sup>140</sup> Confira-se o *leading case* da Corte Superior de Justiça, fixando a sua orientação sobre o tema: “2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública [...] 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal – previsto do Decreto 20.910/32 – nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação [...] 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 5ª Ed. – São Paulo, 2010; p. 1.296/1.299 [...] 7. No caso concreto, a Corte *a quo*, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema” (STJ, Ac. 1ª Seção, REsp. 1.251.993/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.12.2012, *DJe* 19.12.2012).

No caso concreto, portanto, a prescrição das pretensões dirigidas em desfavor das Fazendas Públicas estará submetida ao prazo contemplado na normatividade especial: cinco anos.

Lembre-se, demais de tudo isso, que, em se tratando de cobrança de prestações de trato sucessivo (relações jurídicas continuativas), a jurisprudência brasileira foi cimentada no sentido de que a prescrição fulmina a pretensão anterior ao quinquênio anterior à propositura da ação. Estabelece a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, nessa esteira, que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

Não se olvide, por outro turno, que, em conformidade com o próprio Texto Constitucional (art. 37, § 5º), o direito de regresso do Poder Público contra o seu servidor é imprescritível, não se submetendo a qualquer prazo extintivo. Registre-se, de qualquer maneira, que a imprescritibilidade diz respeito, apenas, às pretensões decorrentes de eventuais condutas ilícitas. A regra constitucional merece críticas. Com efeito, não parece razoável e proporcional que exista prazo prescricional para o exercício da pretensão ressarcitória contra o Estado, mas não exista prescrição para a pretensão indenizatória regressiva do Poder Público contra o agente causador do dano. Escapa, a mais não poder, da igualdade, afinal as obrigações possuem exatamente a mesma origem.

#### *f) Atos de multidões*

Considerando a complexidade e dinâmica da sociedade contemporânea, não se pode negar a existência de danos ocasionados a particulares por conta de atos praticados por um aglomerado incontável de pessoas. São os exemplos de passeatas e protestos de ruas, de grandes espetáculos artísticos ou esportivos, encontros de estudantes etc.

Caracterizado o prejuízo sofrido por particular em razão de atos de multidões, questionam-se, naturalmente, as latitudes da responsabilidade estatal.

De regra, não há responsabilidade estatal, por se tratar de fato tipicamente de terceiro, rompendo o nexo causal. Porém, não se pode olvidar que em casos de conduta omissiva do estado em relação às aglomerações de pessoas, será intuitiva a sua responsabilização civil. CARVALHO FILHO bem exemplifica com a hipótese de danos causados por grupo de pessoas que protestavam contra o aumento das tarifas dos transportes coletivos, esclarecendo a possibilidade de responsabilização estatal se houve omissão em controlar a hostilidade.<sup>141</sup>

### **11.3 Responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito privado**

Ao revés das pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado submetem-se ao regime da *responsabilidade subjetiva*, sendo mister que a vítima, além

<sup>141</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 460.



de provar a conduta da empresa, o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo, demonstre, ainda, a *culpa* de seu agente, sócio ou preposto. Enfim, submetem-se as pessoas jurídicas de direito privado à regra geral de nosso Direito Civil, esculpida nos arts. 186 e 927, *caput*, respondendo subjetivamente, provada a sua culpa.

Aliás, toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado responde civilmente pelos danos causados, mesmo que não tenha finalidade lucrativa (como no caso das associações e das fundações), garantindo que a vítima seja reparada do prejuízo sofrido.<sup>142</sup>

Registre-se, por oportuno, que essa regra da responsabilidade subjetiva é temperada pelo parágrafo único do art. 927 do Estatuto Civil, quando a atividade exercida pela pessoa jurídica implique risco para os direitos de outrem, hipótese em que o juiz poderá, diante do caso concreto, objetivar a responsabilidade, afastando o elemento anímico.

Fixada a sua responsabilidade civil, responderá a pessoa jurídica com a integralidade do seu patrimônio, afastados, de regra (salvo situações específicas em que se permitirá a desconsideração de sua personalidade – arts. 50 do Código Civil e 28 do Código de Defesa do Consumidor), os bens pertencentes aos sócios.

“Daí que, como regra geral, não se deve imiscuir os patrimônios, e muito menos as responsabilidades. Embora quem, na realidade, pratica o ato ilícito não é a pessoa jurídica, mas o seu representante, a existência de personalidade jurídica importa responsabilizar as sociedades, sejam de que tipo forem, tanto na órbita contratual como na extracontratual”, consoante a lição de ARNALDO RIZZARDO.<sup>143</sup>

Nessa esteira, os arts. 932, III, e 933 do Texto Codificado são de clareza meridiana ao proclamar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica pelas condutas de seus agentes, não sendo possível que a empresa alegue não ter culpa pela conduta praticada pelo seu preposto ou sócio.<sup>144</sup>

É importante salientar que será *objetiva* – independentemente de comprovação da culpa – a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado *nos casos previstos nas normas legais*, como, por exemplo, por danos causados em relações de consumo (CDC, arts. 12 e 18), por danos ao meio ambiente (Lei nº 6.938/81) e em contratos de transporte em geral (CC, arts. 734 a 742) e de transporte aéreo (Lei nº 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica), bem como será objetiva, como visto anteriormente, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (CF, art. 37, § 6º), como as empresas de transporte coletivo e as emissoras de rádio e televisão.

Um interessante caso de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas vem da Lei nº 12.846/13, que estabelece a *responsabilização objetiva civil e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira* (art. 1º). Os atos lesivos à administração estatal podem ser exemplificados com o oferecimento

<sup>142</sup> Vide, também com esse entendimento, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 215.

<sup>143</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 279.

<sup>144</sup> Em razão da redação do art. 933 da Lei Civil, é de se entender cancelada a Súmula 341 do STF, que estabelecia ser “*presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto*”.

de suborno a servidores públicos, a fraude a um procedimento licitatório, a prática de simulação para prejudicar uma licitação, dificultar atividade investigatória, dentre outras hipóteses. Essa responsabilização das empresas pelos atos contrários ao Poder Público não excluirá, naturalmente, a eventual responsabilização penal e civil individual dos seus dirigentes ou administradores e de terceiros que participem do ato. Por conta do natural interesse transindividual presente, o Ministério Público e o próprio Poder Público estão legitimados para requerer, em juízo, a aplicação das sanções (art. 19) às pessoas jurídicas infratora, que podem consistir desde a suspensão ou interdição de atividades e a perda de bens e valores até a dissolução compulsória da pessoa jurídica. No que diz respeito às sanções de índole administrativa, por óbvio, a sua aplicação reclama o respeito ao devido processo legal, com a instauração de um procedimento administrativo (arts. 8<sup>a</sup> a 15), com o respeito à ampla defesa e ao contraditório.

Esclareça-se, demais de tudo isso, que a pessoa jurídica responde por danos contratuais e extracontratuais causados a terceiros. Extracontratualmente, inclusive, responde a pessoa jurídica por prejuízos ocasionados por conta de sua atividade empresarial e da confiança depositada por todos no perfeito funcionamento de suas atividades. É o princípio da boa-fé objetiva.

Nessa linha de ideias, andou bem o Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 130, coadunando-se com o sistema constitucional de *responsabilidade social da empresa* e reconhecendo que “a empresa *responde*, perante o cliente, pela reparação de *dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento*”, afastando a incidência das antipáticas cláusulas de não indenizar que se proliferam em *shoppings centers*, restaurantes, casas de espetáculos, hotéis..., afirmando não se responsabilizar o empresário por danos causados aos veículos estacionados em suas dependências, como se o fato de oferecer estacionamento não gerasse no usuário uma confiança intuitiva.

### 11.4 Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Inovando em relação às Cartas anteriores, estabelece o Texto Constitucional de 1988, no art. 225, § 3<sup>o</sup>, que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Trata-se de uma tendência, anunciada no Direito europeu, de rompimento com o tradicional princípio *societas delinquere non potest*, pelo qual a pessoa jurídica não poderia praticar delitos, dada a impossibilidade de se lhe reconhecer a atuação dolosa.

Assim, considerando a participação cada vez maior das pessoas jurídicas na vida negocial, sendo utilizada, não raro, para finalidades ilícitas, e nas sendas da Carta Magna, apesar de controvérsias doutrinárias,<sup>145</sup> foi estabelecida, em sede infraconstitucional,

<sup>145</sup> A respeito do tema, criticando a responsabilização penal da pessoa jurídica, consulte-se LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155 ss, e LUIZ RÉGIS PRADO (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Em sentido contrário, aplaudindo a Lei nº 9.605/98, vislumbrando nela um dos “mais significativos instrumentos” na defesa do meio ambiente, em razão de as sanções

previsão legal de responsabilização penal das pessoas jurídicas, em conformidade com o art. 3º da Lei nº 9.605/98, que tipifica delitos contra o meio ambiente.

Vale salientar que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nesses casos não exclui a das pessoas naturais que, eventualmente, participem do fato delitôgeno como autores, coautores ou partícipes. Ao revés. Com vistas à demonstração do elemento subjetivo para a prática criminógena, exige a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a presença simultânea no processo da pessoa jurídica e da pessoa física que exteriorizou a vontade. Veja-se: “Excluindo-se da denúncia a pessoa física, torna-se inviável o prosseguimento da ação penal, tão somente, contra a pessoa jurídica. Não é possível que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” (STJ, Ac. Unân., 6ª T., RHC 24239/ES, Rel. Min. Og Fernandes, j. 10.6.2010, *DJe* 1.7.2010).

É bem verdade que a possibilidade de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas descortina algumas situações paradoxais no campo do processo penal. RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, sempre atento aos problemas do Processo Penal, inclusive, chega a apontar algumas dessas inusitadas ocorrências: (i) a quem serão dirigidos os atos processuais, como a citação e as intimações? Ao sócio representante da empresa, a qualquer dos sócios ou mesmo ao administrador da pessoa jurídica?, (ii) do mesmo modo, quem será interrogado em nome da empresa?, (iii) poderia algum sócio minoritário ou o administrador recorrer na defesa dos interesses da pessoa jurídica?, (iv) quem teria poderes para aceitar a suspensão condicional do processo, eventualmente proposta pelo Ministério Público?<sup>146</sup> Essas questões reclamam uma compatibilização do sistema processual penal com a possibilidade de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Ademais, o art. 21 da referida Lei dos Crimes Ambientais, por sua vez, estabelece que as sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas poderão ser de multa, de restrição de direitos, de interdição temporária de estabelecimento de obra ou atividade, de prestação de serviços à comunidade ou mesmo de suspensão total ou parcial de atividades.

Naturalmente, dessa possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica haverá de decorrer sua legitimidade para a impetração de *mandado de segurança* (também cabível em sede criminal), em razão da impossibilidade de se lhe reconhecer legitimidade para a impetração do *habeas corpus*.<sup>147</sup>

---

administrativas não se apresentarem suficientes para a repressão das agressões contra o meio ambiente, VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, notadamente nas págs. 32 ss. No mesmo diapasão, EDUARDO ORTEGA MARTIN, para quem “o emprego de sanções penais para a proteção do meio ambiente em determinadas ocasiões se tem revelado como indispensável, não só em função da própria relevância dos bens protegidos e da gravidade das condutas a perseguir, senão também pela maior eficácia dissuasória que a sanção penal possui” (“Os delitos contra a flora e a fauna”, *Direito Penal Administrativo*, Granada: Comares, 1997).

<sup>146</sup> As questões estão contidas em Rômulo de Andrade Moreira. “A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal brasileiro. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, Renê Ariel (Coord.). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>147</sup> Esse é o entendimento, inclusive, da jurisprudência superior: “Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o remédio constitucional do *habeas corpus* configura instrumento destinado a tutelar

## 12

## MODIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Consoante a lição de FRANCISCO AMARAL, enquanto “as sociedades simples não se transformam”, devendo manter “a forma específica”, até mesmo em respeito à *affectio societatis*, as sociedades empresárias (sociedades anônimas) podem ser modificadas através de transformação, incorporação, fusão e cisão (arts. 220, 227, 228 e 229 da Lei nº 6.404/76 – Lei das Sociedades por Ações).<sup>148</sup>

*Transformação* é a operação pela qual se altera o tipo da sociedade, passando, independentemente de extinção da personalidade anterior, para um novo modelo societário. É a passagem de uma pessoa jurídica para outra de outro modelo social, independentemente de dissolução ou liquidação da sociedade, como reza o art. 1.113 do Código Civil. Aqui, mantém-se a *identidade substancial da pessoa jurídica*, como se pode notar do exemplo em que uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada transforma-se em sociedade anônima.

A incorporação (CC, art. 1.116) é o ato pelo qual uma ou mais pessoas jurídicas (incorporadas) são absorvidas por outra (incorporadora), que lhes sucede em direitos e obrigações, sendo extintas as incorporadas e permanecendo a incorporadora com a personalidade jurídica anteriormente existente.

Já a *fusão* corresponde à união, soma, de duas ou mais pessoas jurídicas, pela qual se extinguem as personalidades de cada uma, formando uma nova empresa (com personalidade jurídica nova, autônoma e independente), que assume integralmente todos os direitos e obrigações das pessoas jurídicas anteriormente existentes. Os arts. 1.119 e 1.120 do *Codex*, que regulam a fusão, afirmam a indispensabilidade da deliberação pelas assembleias das sociedades que estão se unindo.

*Cisão*, por sua vez, é a transferência do patrimônio de uma pessoa jurídica, no todo ou em parte, para outra (já existente ou constituída para esse fim). Se houver transferência integral de patrimônio, extinguir-se-á a empresa cindida.

O Código Civil, inclusive, em seu art. 1.122, estabelece o prazo de 90 dias, contados a partir da publicação dos atos relacionados à incorporação, fusão ou cisão para que o credor anterior, eventualmente prejudicado, possa promover a impugnação judicial do ato. De qualquer forma, os §§ 1º e 2º do referido dispositivo facultam à sociedade interessada consignar em pagamento o valor devido ou, sendo ilíquida a dívida, garantir a execução, esvaziando o pleito anulatório.

Lembra ASCENSÃO ser possível a *cisão-fusão* quando “um trecho resultante da cisão (de uma pessoa jurídica) se combine com outra pessoa coletiva ou com trecho resultante de cisão doutra pessoa coletiva, resultando por fusão em pessoa formalmente nova”.<sup>149</sup>

a liberdade de locomoção da pessoa humana (ir, vir e permanecer), bem jurídico que a pessoa jurídica, por suas características, não é titular” (STJ, Ac. Unân., 6ª T., AgRgHC 244.050/PE, Rel. Des. convocado Marilza Maynard, j. 21.11.2013, DJe 10.12.2013).

<sup>148</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução, op. cit., p. 298.

<sup>149</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: teoria geral, op. cit., p. 257.

Vale lembrar que, em todas as hipóteses mencionadas, a nova pessoa jurídica responderá, integralmente, pelas dívidas fiscais e trabalhistas, independente do estabelecimento de uma nova personalidade jurídica.

As fundações, por outro giro, também podem sofrer alterações, dès que atendidos os requisitos exigidos pelo art. 67 do Texto Codificado: (a) que a modificação seja aprovada por *dois terços* dos membros competentes para gerir e representar a pessoa jurídica; (b) que a mudança não venha a contrariar ou desvirtuar os seus fins estatutários; (c) que seja aprovada pelo Ministério Público ou, caso este negue aprovação, seja suprida judicialmente. Ademais, a eventual modificação nos estatutos fundacionais deverá ser averbada no registro respectivo (CC, art. 45, parágrafo único), sendo reconhecido à minoria vencida, no caso de aprovação por maioria, o direito de impugnar a alteração, no prazo decadencial de dez dias (CC, art. 68).

## 13 EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Uma vez instituída legalmente – adquirindo personalidade a partir do regular registro –, a pessoa jurídica existirá indeterminadamente, salvo se suas atividades estiverem submetidas a termo ou condição, quando será extinta sua personalidade no advento do termo ou implemento da condição respectiva.

No entanto, existem outras formas de extinção da pessoa jurídica, merecendo referência.

A pessoa jurídica de direito público, que se constitui mediante lei, extinguir-se-á, identicamente, por força da lei (em sentido amplo). É a chamada *simetria das formas*. Por conta disso, como as pessoas jurídicas de direito público somente se constituem mediante norma legal, por igual, simetricamente, somente por deliberação legal será possível findá-la.

Já a pessoa jurídica de direito privado, de outro lado, poderá ser extinta por diferentes causas:

- i) pelo decurso de prazo (se constituída a tempo);
- ii) pela deliberação da unanimidade dos sócios (caso típico de distrato), nos termos do art. 1.033, II, da Lei Civil;
- iii) pela deliberação da maioria absoluta dos membros, resguardados os direitos da minoria vencida, como reza o art. 1.033, III, do Código de 2002;<sup>150</sup>
- iv) pela falta de pluralidade de sócios, quando não vier a ser reconstituída no prazo de 180 dias, de acordo com o inciso IV, do multicitado art. 1.033 do *Codex*. Ou seja, pelo *desaparecimento* (declaração de ausência) ou *morte* dos sócios, sem que os herdeiros deles venham a prosseguir na atividade empresarial;

<sup>150</sup> O Enunciado 67 da Jornada de Direito Civil dispõe, em relação à possibilidade de retirada dos sócios pela maioria que delibera pela continuidade da pessoa jurídica sem um ou alguns dos sócios originários, que, “em razão da exigência de justo motivo (do art. 1.030), a quebra de *affectio societatis* não é causa suficiente para a exclusão do sócio”.

- v) pela perda da autorização para funcionar, nas hipóteses em que se faz necessária a anuência governamental<sup>151</sup> (CC, art. 1.033, V);
- vi) quando, constituída para atingir determinado desiderato, sua finalidade já tenha sido atingida ou tenha se tornado ilícita ou impossível;<sup>152</sup>
- vii) pela verificação de ser nociva ou impossível a sua manutenção, por decisão judicial, em ação promovida pelo Ministério Público ou pelo interessado (que poderá ser um dos sócios ou mesmo terceiro), conforme previsão do art. 670 do Código de Processo Civil de 1939, em vigor por força do art. 1.218, VII, do Código Instrumental vigente.<sup>153</sup>

Em resumo, é possível organizar as hipóteses dissolutivas das pessoas jurídicas em: (i) *dissolução convencional* (quando ocorrer o distrato, promovido pela maioria absoluta de seus membros); (ii) *dissolução administrativa* (na hipótese de cassação da autorização para funcionamento); (iii) *dissolução legal* (se o término decorre de hipótese contemplada na legislação); (iv) *dissolução judicial* (quando a extinção decorrer de decisão judicial, em ação provocada pelo interessado, sócio ou terceiro, ou ainda pelo Ministério Público, quando for caso de sua atuação).

Além dessas hipóteses, é intuitivo que o falecimento do sócio é causa extintiva das sociedades individuais, conquanto não seja das sociedades coletivas, eis que, nestas, os herdeiros terão direito ao recebimento das cotas correspondentes, podendo dar continuidade à empresa, salvo disposição expressa em contrário (que são raríssimas, uma vez que a tendência natural é a continuidade da empresa, apesar do óbito de um ou de alguns de seus sócios).

Vale pontuar, demais de tudo isso, que também pode ser causa de extinção da pessoa jurídica a violação da *função social da empresa*, caracterizada a nocividade ou impossibilidade de sua manutenção, quando o seu fim real não coincidir com a finalidade declarada, quando o seu objetivo social estiver sendo perseguido por meios ilícitos ou quando a sua existência se tornar contrária à ordem pública, desatendendo, assim, à sua função social.

Não é despidendo trazer à liça interessante passagem jurisprudencial, exemplificando a dissolução da pessoa jurídica, judicialmente, pela nocividade de sua manutenção, em face do desatendimento da necessária – e já aludida anteriormente – *função social da empresa*. Note-se:

<sup>151</sup> Vale lembrar que nessa hipótese o Ministério Público, assim que for comunicado da extinção da autorização para funcionamento, deverá promover a liquidação judicial da pessoa jurídica, se os administradores não o tiverem feito, nos 30 dias subsequentes à perda da autorização (CC, art. 1.037). Não sendo promovida pelo *Parquet* a liquidação nos 15 dias seguintes ao recebimento da comunicação, deverá a autoridade competente para conceder a autorização nomear um interventor com poderes para requerer a medida e administrar provisoriamente a sociedade.

<sup>152</sup> Vale lembrar que, em se tratando de fundação, o seu patrimônio, salvo disposição em contrário, será incorporado por outra fundação de igual ou semelhante fim, com o intuito de permanecer à disposição daquele desiderato. A previsão consta, também, dos arts. 182 e 192 do Código Civil de Portugal.

<sup>153</sup> Nesse passo, inclusive, o Decreto-lei nº 9.085/46 dispõe sobre a dissolução de pessoas jurídicas cuja finalidade seja contrária, perigosa ou nociva ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública, à moral e aos bons costumes.



“O sistema jurídico autoriza a dissolução, para o bem comum, de associação de torcedores que, perdendo a ideologia primitiva (incentivo a uma equipe esportiva), transformou-se em instituição organizada para a difusão do pânico e terror em espetáculos esportivos, uma ilicitude que compromete o esforço do direito em manter o equilíbrio de forças para o exercício da cidadania digna (CF, art. 1º, III, e 217). Incidência do art. 21, III, do CC/16 para selar o fim do ciclo existencial do Grêmio Gaviões da Fiel Torcida” (TJ/SP, Ac. 3ª Câm. Cív., Ap. Cív. 102.023-4/3, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 17.10.2000, RT 786: 163).

Tratando-se de pessoa jurídica de direito privado, convém ressaltar, ainda, a possibilidade de o contrato social dispor outras hipóteses dissolutórias da personalidade jurídica, que deverão ser judicialmente verificadas quando houver impugnação do interessado, na forma do que dispõe o art. 1.035 da Codificação Civil.

Não se deve olvidar que nos casos de dissolução da pessoa jurídica, subsistirá sua personalidade autônoma e independente da figura dos sócios para fins de liquidação, até que esta se conclua.

É óbvio que, sendo dissolvida a pessoa jurídica, por ato de vontade dos sócios, ao arrepio da norma legal, configura-se caso típico de abuso de direito, ficando os sócios responsáveis solidariamente pelas suas obrigações.<sup>154</sup>

A extinção da pessoa jurídica, com o cancelamento do registro, produzirá efeitos *ex nunc*, não retroagindo de forma a não prejudicar interesses de terceiros que com ela negociaram. Vale destacar, inclusive, que, nos termos do art. 51, § 3º, do Código Civil, o cancelamento do registro somente será promovido depois de *encerrada a liquidação*.

Por derradeiro, importa esclarecer que, dissolvida uma pessoa jurídica com finalidade lucrativa, o seu patrimônio terá o destino que lhe apontam os estatutos e, sendo silentes, serão partilhados entre os sócios na proporção de suas cotas. Em se tratando de pessoa jurídica de fins não lucrativos (associação ou fundação), no entanto, o patrimônio líquido remanescente, no silêncio dos estatutos, será destinado a alguma entidade de fins não econômicos (CC, arts. 61 e 69).

## 14

### DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (*DISREGARD DOCTRINE*)

#### 14.1 Noções conceituais e fundamento

O consectário natural da personalização das pessoas jurídicas é o reconhecimento de sua autonomia patrimonial em relação aos seus instituidores, como sustentado alhures.

<sup>154</sup> Nesse sentido, já se decidiu: “Encerradas as atividades da sociedade por quotas de responsabilidade limitada mediante simples encerramento das atividades, desobedecidos os preceitos legais de dissolução das sociedades em geral, seus sócios têm legitimidade concorrente para figurar no polo passivo da ação intentada contra ela” (RT 781: 295).

O ordenamento jurídico confere personalidade jurídica às empresas, permitindo que formem uma esfera jurídica e patrimonial autônoma e independente, apartada do patrimônio individual de cada um de seus sócios. É estabelecida, assim, uma espécie de *blindagem patrimonial*, através da qual a pessoa jurídica responde pelas suas dívidas e obrigações com o seu próprio patrimônio.

Todavia, com os crescentes abusos praticados por sócios sem escrúpulos, que utilizavam a estrutura autônoma e independente da pessoa jurídica para a prática de negócios fraudulentos e desvinculados da finalidade desta, afastando-se da responsabilidade, a jurisprudência e a doutrina começaram a perceber a necessidade de buscar mecanismos ágeis de atingir o patrimônio do sócio, em favor dos prejudicados de boa-fé, inibindo a utilização da pessoa jurídica como escudo para a prática de atos ilícitos ou abusos.

É que, como percebe FRANCISCO AMARAL, a independência patrimonial “pode levar a práticas abusivas ou ilícitas, à medida que os membros da pessoa jurídica possam aproveitar-se do hermetismo, do isolamento de vida interna da entidade para prejudicar terceiros com ela relacionados”.<sup>155</sup>

Com essa ideia, surgiu a *disregard theory* (ou *disregard of legal entity*), moderna teoria pela qual se excepciona a regra da vinculação da responsabilidade patrimonial aos bens do ente coletivo, em favor de terceiros de boa-fé, evidenciando forte *conteúdo de moralidade e ética* nas relações privadas e garantindo a utilização da pessoa jurídica nos limites de sua função social.

Ora, a partir do momento em que resta evidenciado o abuso do direito associativo, a fraude imposta a terceiros através do uso do véu protetivo da pessoa jurídica, o desvio da finalidade almejada pela empresa ou mesmo a (tão comum) promiscuidade entre as esferas patrimoniais do sócio e da empresa, configura-se o uso indevido (irregular) do direito de se associar,<sup>156</sup> autorizando-se a *desconsideração do princípio da separação*, permitindo que o credor busque diretamente no patrimônio dos sócios a satisfação da obrigação que não pode ser atendida pelo patrimônio da empresa.

Também vale a conclusão para aquele de que, não integrando a pessoa jurídica diretamente (ou seja, não sendo sócio indicado nos atos constitutivos), dela se vale para a prática de atos ilícitos ou abusivos.

Isto é, com a incidência da *disregard doctrine*, o ato constitutivo da pessoa jurídica poderá, episodicamente, tornar-se ineficaz em relação a terceiros, prejudicados pela prática de condutas abusivas ou ilícitas pelos sócios, utilizando-se da personalidade

<sup>155</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução, op. cit., p. 301.

<sup>156</sup> Utilizando exemplo talhado por FÁBIO ULHOA COELHO, é possível imaginar um caso em que os sócios de uma empresa dedicada ao ramo de mudanças, considerando que um de seus motoristas causou sério acidente de trânsito, ao transportar importante mudança, e antevendo condenações em ações indenizatórias que podem comprometer o equilíbrio financeiro da empresa, resolvem montar outra pessoa jurídica, também operando no setor de mudanças, com sede, denominação, veículos e instalações novas. Deixando de lado a primeira empresa, não mais investindo, e aproveitando a experiência para tocar a nova pessoa jurídica, estarão, nitidamente, impondo prejuízo a terceiros, que terão frustradas as suas expectativas creditícias. Cf. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 33.

jurídica como véu protetivo. Assim, o patrimônio pessoal dos sócios passa a responder pelos atos abusivos ou ilegais praticados, ressaltando a boa-fé nas relações privadas.<sup>157</sup>

Cumpra evidenciar que a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica não pretende destruir o histórico princípio da separação patrimonial da sociedade e seus sócios, mas, contrariamente, servir como mola propulsora da *funcionalização da pessoa jurídica*, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela.<sup>158</sup>

A orientação pretoriana é exatamente nesse sentido:

“Para que o patrimônio do sócio responda pelas dívidas da sociedade, mediante a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, é fundamental que o credor demonstre de forma inequívoca que aquele agiu com excesso de poderes, infração da lei ou do contrato social, caracterizando atos de malícia e prejuízos à empresa, eis que a *disregard doctrine* é exceção e não a regra geral, devendo sempre prevalecer a ideia de pessoa jurídica quando forem obedecidos os limites no ordenamento para a sua utilização” (1ª TACív.SP, Ac. 8ª Câm., Agr. Instr. 1.058.965-4, Rel. Juiz Carlos Alberto Lopes, j. 5.12.2001, RT 799: 274).

Assim, justifica-se a adoção da *disregard theory* (ou *teoria de la penetración o desestimación de la personalidad*, no dizer dos argentinos) para obstar o exercício desordenado de direitos pelos sócios, abusando do direito ou fraudando situações em detrimento de terceiros de boa-fé. Este o seu fundamento: impedir a prática ilícita ou abusiva dos que se valem da pessoa jurídica para acobertar sua própria responsabilidade.

O seu objetivo é de clareza solar: atribuir responsabilidade patrimonial aos sócios ou administradores que praticaram o ato fraudulento ou abusivo, que passam a responder com o seu patrimônio pessoal por uma obrigação constituída, originariamente, pela pessoa jurídica.

Frise-se, no entanto, que a utilização da desconconsideração da personalidade jurídica não implica em desprestígio do princípio da separação patrimonial entre a empresa e o sócio. Muito pelo contrário. A *disregard doctrine* tende a homenagear a separação patrimonial, fortalecê-la, na medida em que atacará os desvios indevidos de finalidade ou a mistura de patrimônios, que podem gerar um abuso ou uma fraude. Daí ser possível a afirmação de que *a teoria da desconconsideração tende ao aperfeiçoamento da pessoa jurídica*,

<sup>157</sup> Em passagem literária memorável, o saudoso mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em obra que se consagra como verdadeiro clássico da literatura jurídica brasileira, esclarece que “o desenvolvimento da sociedade de consumo, a coligação de sociedades mercantis e o controle individual de grupos econômicos têm mostrado que a distinção entre a sociedade e seus integrantes, ao invés de consagrar regras de justiça social, têm servido de cobertura para a prática de atos ilícitos, de comportamentos fraudulentos, de absolvição de irregularidades, de aproveitamentos injustificáveis, de abusos de direito. Os integrantes da pessoa jurídica invocam o princípio da separação, como se se tratasse de um ‘véu protetor’. Era preciso criar um instrumento jurídico hábil a ilidir os efeitos daquela cobertura” (*Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, op. cit., p. 58).

<sup>158</sup> Na mesma linha de raciocínio, FÁBIO ULHOA COELHO adverte que em casos assim, “alguns envolvendo elevado grau de sofisticação jurídica, a *consideração* da autonomia da pessoa jurídica importa a impossibilidade de correção da fraude ou do abuso”, explicitando a premente necessidade de *desconsiderar* a autonomia patrimonial para a manutenção da ordem e do equilíbrio social (*Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 31).

porque, sem extingui-la, responsabiliza o sócio que abusou, por fraude ou por confusão patrimonial, da própria personalidade que lhe foi reconhecida pelo ordenamento.<sup>159</sup>

## 14.2 Breve referência histórica

Originada no direito anglo-saxão, a desconsideração da personalidade jurídica foi bastante desenvolvida a partir da colaboração dos tribunais ingleses e norte-americanos, com o escopo de obstar os abusos praticados sob o véu da autonomia da pessoa jurídica, mascarando interesses particulares dos sócios.

Era a chamada *disregard of legal entity*, como mecanismo de levantamento do véu protetivo da empresa (*lifting the corporate veil*) para viabilizar a incidência da responsabilização sobre o patrimônio do próprio sócio.

As origens remotas do instituto, assim, vêm sendo fincadas em precedentes jurisprudenciais colhidos no sistema do *common law*.<sup>160</sup> Vêm se creditando as primeiras referências a alguns célebres precedentes históricos. Um deles é o caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, julgado em 1897 pela *House of Lords*, última instância inglesa, com relatoria do Lord Macnaughten, porém com voto vencedor do Lord Halisbury. Outro precedente é o caso *Bank of United States v. Deveaux*, relatado pelo conhecido Juiz Marshall, da Corte Suprema norte-americana, em 1809. Outrossim, o episódio *United States vs Lehigh Valley Railroad*, de 1910, também serve como registro histórico da *disregard doctrine*.

O caso *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* dizia respeito à situação de um comerciante britânico de couros e calçados, Aaron Salomon, que fundou, em 1892, uma pessoa jurídica, a *Salomon & Co. Ltd.*, composta, societariamente, por sua esposa e seus cinco filhos, além dele mesmo. A sociedade foi constituída com um capital social composto de 20.007 ações nominais, sendo que cada sócio detinha uma única ação, enquanto as 20.001 ações restantes foram atribuídas pelo próprio Aaron Salomon, das quais foram integralizadas 20.000 ações, com a transferência de um fundo de comércio que ele já possuía, individualmente, para a sociedade. Como o valor do fundo de comércio era superior ao valor das cotas integralizadas, o sócio Aaron Salomon passou a ser credor da *Salomon & Co. Ltd.*, inclusive dispondo de garantia privilegiada. Com a derrocada da sociedade, vindo a entrar em insolvência e ser dissolvida, o credor privilegiado Aaron Salomon pretendeu fazer valer os seus direitos em detrimento dos demais credores quirografários. Ou seja, o credor privilegiado, que também era sócio majoritário da empresa, terminou por prejudicar diretamente os credores da pessoa jurídica, transferindo para terceiros os riscos do negócio jurídico que deveria ser dos próprios sócios. Em verdade, a empresa foi utilizada como uma espécie de *agent* de Aaron Salomon, com o propósito de realizar os seus próprios negócios. Depois de sucessivas derrotas, na *House of Lords*, Aaron Salomon conseguiu sair vencedor, servindo o caso, entretanto, como paradigma de novas decisões judiciais, dada a projeção que alcançou.

<sup>159</sup> Na mesma direção, OKSANDRO GONÇALVES afirma que “a teoria da desconsideração contribui para o aperfeiçoamento da pessoa jurídica, pois permite afastar os efeitos da personificação para um caso específico, sem extingui-la” (*Desconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 166).

<sup>160</sup> PANTOJA, Teresa Cristina G. “Anotações sobre as pessoas jurídicas”, op. cit., p. 101.

No outro precedente, colhido nos Estados Unidos e datado de 1809, o Juiz Marshall, da Suprema Corte, considerando que a Constituição norte-americana limita o alcance da jurisdição federal às causas entre “cidadãos de diferentes estados”, proclamou, ao julgar uma determinada causa envolvendo conflito de interesses de uma empresa, que “substancial e essencialmente as partes do processo seriam os acionistas, e que seus direitos e deveres como cidadãos reconhecidos podem ser alcançados”, desconsiderando, de certo modo, a personalidade autônoma da empresa, consoante a narrativa de ALEXANDRE COUTO SILVA.<sup>161</sup>

Já no caso *United States vs Lehigh Valley Railroad*, foi apreciada matéria envolvendo uma sociedade anônima, cujo objeto social dizia respeito a atividade ferroviária, e que realizava o transporte de carvão de uma mina pertencente a uma outra empresa, da qual era sócia majoritária. Com o advento do *Hepburn Act*, uma norma jurídica impedindo que a mesma empresa extraísse o carvão e seus derivados e promovesse o seu transporte para um outro estado, impugnou-se a possibilidade de a *Lehigh Valley Railroad* transportar o carvão que era extraído por sua subsidiária.<sup>162</sup> Apesar de a empresa alegar, em seu favor, a autonomia subjetiva de cada uma das empresas, entendeu a Corte ianque que havia fraude econômica, uma vez que ambas pertenciam ao mesmo grupo controlador.

Essas foram as primeiras manifestações sobre a teoria, servindo como parâmetro para a compreensão e alcance do instituto na pós-modernidade.

### 14.3 Noções conceituais

A desconsideração da personalidade jurídica significa, essencialmente, o desprezo episódico (eventual), pelo Poder Judiciário, da personalidade autônoma de uma pessoa jurídica, com o propósito de permitir que os seus sócios respondam com o seu patrimônio pessoal pelos atos abusivos ou fraudulentos praticados sob o véu societário. Enfim, é a permissão judicial para responsabilizar civilmente o sócio, nas hipóteses nas quais for o autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da lei ou do contrato.<sup>163</sup>

A desconsideração da personalidade jurídica indica o episódico levantamento do véu societário, no caso concreto, tal como se a pessoa jurídica não existisse, atribuindo ao sócio ou à sociedade uma responsabilidade que, sem a aplicação da teoria do *disregard*, seria imputada à sociedade ou ao sócio, respectivamente.<sup>164</sup>

Destrinchando tais ideias, com apoio nas palavras de JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO, quando as empresas são utilizadas “para o fim de fraudar interesses de terceiros,

<sup>161</sup> SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*, op. cit., p. 33.

<sup>162</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica”, op. cit., p. 8.

<sup>163</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, op. cit., p. 59.

<sup>164</sup> ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS explica que para o desenvolvimento social concede-se personalidade autônoma às pessoas jurídicas, que pode ser “utilizada para a prática de atos abusivos por parte de seus sócios. Nessa hipótese, constatando-se o abuso, é cabível o superamento da personalidade jurídica e, em decorrência, atingir o patrimônio dos sócios” (*Desconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 67).

poderão ter sua personalidade jurídica tornada sem efeito perante os prejudicados que, então, poderão investir contra o patrimônio particular dos sócios ou associados”.<sup>165</sup>

É que o sistema jurídico reprime o uso indevido da personalidade jurídica, buscando evitar que seja a empresa desviada de seus objetivos sociais e econômicos para práticas abusivas ou fraudulentas.

Assim, caracterizado o *abuso na utilização da personalidade jurídica*, através de *desvio de finalidade* ou de *confusão patrimonial* (CC, art. 50), permite-se ao magistrado, no caso concreto, a pedido da parte interessada (o lesado pela conduta ilícita praticada) ou do Ministério Público (se participar do processo), desconsiderar a personalidade da empresa, fazendo cessar a sua autonomia patrimonial, tornando possível, via de consequência, a penhora de bens particulares dos sócios, submetendo-os à constrição judicial, após certificada a insolvência da pessoa jurídica.

Equivale a dizer: a desconsideração da personalidade empresarial decorre da utilização irregular (fraudulenta ou com mistura de patrimônios) da pessoa jurídica.

Trilhando esse caminho, o Enunciado 7 da Jornada de Direito Civil cimentou:

Enunciado 7:

“Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido”.

Repita-se, por oportuno, para fixar uma premissa fundamental: a desconsideração da personalidade societária “não implica anulação (despersonalização) ou desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica”, como ressalta FÁBIO ULHOA COELHO.<sup>166</sup> Não se confundem, pois, a *desconsideração da personalidade jurídica* (que é episódica e submetida a requisitos específicos) e a *despersonalização da empresa* (que implicaria em extinção da empresa).

#### 14.4 As teorias maior e menor da desconsideração da personalidade jurídica

A partir da sistematização emprestada, historicamente, à matéria, é fácil perceber a existência de duas formulações distintas para justificar o levantamento do véu. São as denominadas *teorias maior e menor* da desconsideração da personalidade jurídica.

Partindo de um prisma, a teoria *maior* propugna que a desconsideração da personalidade jurídica somente será possível episodicamente, em cada caso concreto, e que apenas é cabível ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como uma forma de combate a fraudes e abusos praticados através dela. Em síntese: *a teoria maior exige a presença de um requisito específico para que se efetive a desconsideração* e, com isso, seja possível alcançar o patrimônio do sócio por dívida da pessoa jurídica. Essa tese diferencia,

<sup>165</sup> SOUZA NETO, João Batista de Melo e. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 48.

<sup>166</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 40.



com nitidez, a teoria do *disregard* de outras figuras jurídicas que imponham a responsabilização pessoal do sócio, como, por exemplo, a responsabilidade por ato de má gestão nas sociedades anônimas ou os casos de responsabilização solidária entre o sócio e a empresa. Subdivide-se a teoria maior em teoria maior *objetiva* e teoria maior *subjetiva*, a depender da exigência, ou não, do elemento anímico para que se admita a aplicação da desconsideração. A teoria maior subjetiva estabelece a premente necessidade de demonstração da *fraude* ou do *abuso* com a *intenção* deliberada de prejudicar terceiros ou fraudar a lei. Há, pois, a inescandível presença de um elemento subjetivo. Já a teoria maior objetiva, bem desenvolvida por FÁBIO KONDER COMPARATO, que redigiu o texto do art. 50 do Código Civil de 2002, está centrada mais nos aspectos funcionais do instituto do que na intenção do sócio. Assim, o fundamento da desconsideração seria a *disfunção* da empresa, causada não somente através do elemento subjetivo, mas, por igual, através de circunstâncias desatreladas da vontade, como a confusão patrimonial ou a desorganização societária. De qualquer sorte, a teoria maior exigirá, sempre, o atendimento de requisitos legais específicos para efetivar a desconsideração.

De outra banda, a teoria *menor* trata como desconsideração da personalidade jurídica toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio pessoal do sócio por obrigação da empresa. Fundamenta o seu cerne no simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica.

Equivale a dizer: para a teoria maior, a desconsideração depende de requisito específico (subjetivo ou objetivo), razão pela qual nem todo caso de responsabilização pessoal do sócio configura hipótese de incidência do *disregard doctrine*, enquanto a teoria menor considera que toda e qualquer hipótese de responsabilização do sócio por dívida da empresa é um caso de desconsideração. Buscando emprestar ideias concretas, convém pontuar que a hipótese de responsabilidade solidária estabelecida na Consolidação das Leis do Trabalho seria caso de desconsideração para os adeptos da teoria menor, mas não para os seguidores da teoria maior.<sup>167</sup>

Embora a distância entre as teorias seja considerável, o ordenamento jurídico brasileiro, em sedes distintas, opta por diferentes formulações da teoria, sendo possível afirmar que a expressão *desconsideração da personalidade jurídica* termina sendo ambígua,<sup>168</sup> servindo para denominar tanto a superação da autonomia por conta de fraudes, como outras situações em que o sócio responde por obrigações da pessoa jurídica. Dito de forma diversa: a legislação abraça em certas hipóteses a teoria maior da desconsideração e, noutros casos, a teoria menor, terminando por conferir uma certa confusão conceitual ao instituto, que, em última análise, adquire uma amplitude considerável.

<sup>167</sup> Fundamentado na teoria maior da desconsideração, com mais ampla formulação teórica, OKSANDRO GONÇALVES leciona ser plenamente possível o uso da teoria do *disregard* no âmbito do Direito do Trabalho, “porém o seu fundamento não está no art. 2º, § 2º, da CLT, que trata de *responsabilidade solidária*”. Assim, haverá a possibilidade de desconsideração pelo juiz do trabalho, a requerimento do interessado ou do Ministério Público do Trabalho, sempre que houver abuso do direito, caracterizado por fraude ou confusão patrimonial, na forma do art. 50 do Código Civil. Cf. *Desconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 66.

<sup>168</sup> O raciocínio é desenvolvido por ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 35.

Ilustrando a matéria, veja-se que o Código Civil, em seu art. 50, optou pela adoção da teoria maior objetiva, enquanto o Código de Defesa do Consumidor, no § 5º do seu art. 28, se perfilhou à teoria menor, ao chamar de desconsideração a possibilidade de atribuir responsabilidade ao sócio, em razão de prejuízo causado ao consumidor pela pessoa jurídica quando a empresa foi insolvente (isto é, pela simples ausência de patrimônio suficiente para honrar a dívida), independentemente de qualquer ato abusivo ou fraudulento praticado por ele.

Em didático precedente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa sistematização acerca da desconsideração da personalidade jurídica no caso do acidente no *Osasco Plaza Shopping*, no interior paulista, que terminou por gerar a propositura de uma ação civil pública pelo Ministério Público bandeirante em desfavor da pessoa jurídica e dos seus administradores, com o propósito de ver assegurada a indenização dos familiares das vítimas. Para tanto, pleiteou o *Parquet* a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, de modo a estender o alcance da responsabilidade também para os sócios. Veja-se a interessante decisão:

“Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limites da responsabilização dos sócios...

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração) ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 279.273/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, j. 4.12.2003).

Consolidando a exposição da matéria, percebe-se que apesar de a doutrina brasileira ter uma inescandível inclinação pela teoria maior da desconsideração, advogando a necessidade de comprovação do abuso (caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial) ou fraude do direito societário, para que se justifique a superação

da autonomia patrimonial,<sup>169</sup> a legislação brasileira (apesar de acolher, como regra, a teoria maior) tem feito concessões à teoria menor. Desse modo, malgrado o Código Civil, em seu art. 50, tenha optado pela teoria maior, noutros diplomas legais é acolhida a teoria menor, permitindo a desconsideração, em determinadas hipóteses, independentemente do abuso ou da fraude, como se vê do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Ambiental, emprestando uma maior *funcionalização à disregard doctrine*, diante de determinados casos concretos.

### 14.5 Requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica

De acordo com o art. 50 do Código Civil, é possível desconsiderar a personalidade jurídica, por ato judicial, em caso de *abuso de direito* caracterizado por (i) *desvio de finalidade* ou (ii) *confusão patrimonial*, deixando antever uma opção explícita pela *teoria maior objetiva* da desconsideração da personalidade jurídica, não perquirindo de elementos de natureza subjetiva (não se discute o grau de intenção fraudulenta dos sócios).

O *desvio de finalidade* tem ampla conotação e sugere uma fuga dos objetivos sociais da pessoa jurídica, deixando um rastro de prejuízo, direto ou indireto, para terceiros ou mesmo para outros sócios da empresa.

A outro giro, a *confusão patrimonial*, que também é critério para efetivar a desconsideração, pode ser caracterizada em hipóteses diversas, nas quais o sócio utiliza o patrimônio da pessoa jurídica para realizar pagamentos pessoais e vice-versa, atentando contra a separação das atividades entre empresa e sócio. É o que se convencionou chamar de *comingling of funds*, ou seja, *promiscuidade de fundos*, explicitando essa mistura patrimonial. Sem dúvida, é hipótese bastante comum, podendo ser muito bem exemplificada com casos envolvendo empresa controladora e empresa controlada.

Percebe-se, pois, com clareza solar que não apenas as condutas do sócio deliberadamente nocivas e intencionais (como a fraude, por exemplo) autorizam a desconsideração, mas, também, a simples mistura de patrimônio, independentemente do *animus* do sócio, por contrariar a finalidade social da empresa, recomendada pelos arts. 5º, XXIII, e 170 da *Lex Mater*,<sup>170</sup> demonstrando a inclinação da Lei Civil pela formulação maior e objetiva da desconsideração da personalidade jurídica.

Conquanto dispensado o elemento subjetivo, é certa e indubitosa a necessidade de demonstração do abuso, explicitado por *desvio de finalidade* ou por *confusão patrimonial*. Bem por isso, a simples e isolada ocorrência de uma irregularidade não é, por si só, suficiente para ensejar a desconsideração.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> Com esse pensamento, dentre outros, veja-se DANIELA STORRY LINS. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*, op. cit., p. 32-33, EDUARDO LESSA BASTOS. *Desconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 113, e FÁBIO ULHOA COELHO. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 35.

<sup>170</sup> Com a mesma posição, FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais*, op. cit., p. 45.

<sup>171</sup> Trilhando esse caminho, o Enunciado 282 da Jornada de Direito Civil concluiu que o simples “encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica”.

Não é requisito para a obtenção da desconsideração a comprovação da *insolvência* da pessoa jurídica. Em outras palavras, a aplicação do *disregard theory* “prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”, como reconheceu o Enunciado 281 da Jornada de Direito Civil. É que a desconsideração pode ser utilizada com finalidade preventiva, como mecanismo de evitar futuras fraudes, e não apenas como um meio de recomposição de danos já causados. Não se pode exigir, pois, a prova da efetiva insolvência.

Ademais, é firme o entendimento, já cimentado no Enunciado 7 da Jornada de Direito Civil, acerca da necessidade de limitação do alcance subjetivo da desconsideração, com o fito de obstar o sacrifício de sócios que não têm qualquer poder de administração. Veja-se o teor do Enunciado 7: “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorridos”.

Aliás, é importante realçar a limitação subjetiva da desconsideração aos sócios que tenham incorrido em ato irregular, com o propósito de impedir que pequenos acionistas de sociedades anônimas (e que sequer participam da administração empresarial) sejam responsabilizados pessoalmente.

Acrescente-se que, em sede consumerista, a partir da dicção do art. 28 da legislação protetiva do consumidor, há maior amplitude para a aplicação da teoria do *disregard*, sendo possível a retirada do véu societário em diversas situações, dentre as quais: (i) o abuso de direito; (ii) o excesso de poder; (iii) a infração da lei; (iv) o fato ou ato ilícito; (v) a violação dos estatutos ou do contrato social; (vi) ou mesmo pela falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Não fosse bastante, o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor autoriza, ainda, que a personalidade da pessoa jurídica venha a ser desconsiderada quando for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Trata-se, assim, da possibilidade de aplicação da *disregard doctrine* mediante apenas a impossibilidade de ressarcimento do dano com o patrimônio da empresa, ampliando significativamente as hipóteses de cabimento da teoria. Obviamente, essa hipótese é restrita às relações consumeristas, não sendo aplicável nas relações privadas em geral.

Justifica-se o largo espectro de incidência da teoria da superação no campo das relações de consumo em face da necessidade de conferir dilatado amparo aos consumidores, almejando o reequilíbrio das relações sociais, em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade. Assim, permite-se o levantamento do manto societário da pessoa jurídica não apenas pela prática de atos abusivos, mas, igualmente, sem que qualquer irregularidade societária tenha sido cometida, em hipóteses de má administração ou de insolvência patrimonial.

A partir do *princípio da confiança*, acolhido pelo Código do Consumidor (arts. 4º e 6º, VI), sobreleva garantir não só a qualidade dos produtos e serviços disponibilizados na sociedade brasileira, mas, por igual, a efetiva reparação de danos eventualmente sofridos por consumidores, ainda que, para tanto, se desconsidere a autonomia da personalidade jurídica empresarial.

Importante registrar, de todo modo, que parcela da doutrina brasileira critica a admissibilidade da confusão patrimonial e, mais ainda, da mera insolvência da empresa como pressupostos autorizadores da desconsideração. Alguns juristas, como DANIELA STORRY LINS, defendem que o abuso de direito deveria ser apontado como o pressuposto básico ensejador da aplicação da teoria da desconsideração.<sup>172</sup> Para essa corrente, a mistura patrimonial somente ensejaria a desconsideração se implicasse o emprego inadequado e antijurídico da pessoa jurídica, explicitando, desse modo, um verdadeiro abuso de direito. Não foi, contudo, a opção legislativa, que permite a desconsideração pela simples confusão patrimonial (no Código Civil) e pela insolvência do fornecedor (no CDC).

## 14.6 A desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro

No Brasil, o ponto de partida da teoria do *disregard* foi a divulgação, no início da década de 1970, da monografia do alemão ROLF SERICK, traduzida para o idioma italiano com o título de *Forma e realtà della persona giuridica* (Milano: Giuffrè, 1966), pelo Professor paranaense RUBENS REQUIÃO, através de embrionário artigo publicado na RT (410:11 ss), intitulado “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica”.

Conquistando a simpatia dos doutos, a teoria evoluiu, contando com a importante colaboração de juristas de escol, como FÁBIO KONDER COMPARATO, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, FÁBIO ULHOA COELHO, ALEXANDRE COUTO SILVA e, mais recentemente, ROLF MADALENO, que vem vislumbrando a aplicação do instituto em questões envolvendo o Direito de Família e o Direito das Sucessões,<sup>173</sup> em suas festejadas obras *Direito de Família: aspectos polêmicos* (2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999) e *A disregard e a sua efetivação no juízo de família* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999).

É cediço que o Código Civil de 1916 não tratava da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, vigorando de forma absoluta e ilimitada o princípio da separação, pelo qual a pessoa jurídica tinha patrimônio e personalidade distintos de seus membros (art. 20).

Apesar da omissão do direito positivo, nas sendas do seguro balizamento doutrinário que era emprestado à matéria, alguns provimentos jurisprudenciais começaram a acatar a desconsideração eventual da personalidade jurídica, ainda que sem base legal específica.<sup>174</sup>

<sup>172</sup> LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*, op. cit., p. 38.

<sup>173</sup> Não sem razão, o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA atribui “ao jurista ROLF MADALENO, do Rio Grande do Sul, a liderança doutrinária”, no sentido do reconhecimento da aplicação da *disregard theory* no juízo de família. Cf. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*, op. cit., p. 68.

<sup>174</sup> Veja-se, admitindo a desconsideração da personalidade jurídica: “Se existe prova nos autos de que a empresa devedora vem se utilizando de meios indevidos para frustrar a execução, e inexistindo nos autos elementos que comprovem tenha a empresa outros bens passíveis de penhora, é possível desconsiderar-se sua personalidade jurídica e proceder-se à penhora de bens particulares dos sócios” (2ª TACív.SP, Ac. 10ª Câmara, Ap. Cív. 720066-0/1, Rel. Juiz Soares Levada, v. u., j. 28.11.2001).

O movimento, então, passa a repercutir em sede legislativa. Diferentes diplomas legais passam a mencionar a possibilidade de responsabilização do sócio por dívidas da empresa, em determinadas situações, conferindo-lhe novo tratamento, mais adequado à maior complexidade e extensão que passou a ter.

A Lei nº 4.591/64, em seu art. 66, parágrafo único, permite que se alcance o responsável pelo empreendimento, imputando-lhe responsabilidade por danos causados pela incorporação. Também o Código Tributário Nacional fez menção à responsabilização dos sócios por conduta praticada com o véu da pessoa jurídica (art. 135).

Foi com a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor que a teoria ganhou, efetivamente, assento no direito positivo, conforme a regra esculpida no seu art. 28, que, expressamente, permite ao juiz *desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade* “quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetuada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração”.<sup>175</sup>

Ingressou, assim, de modo definitivo, a teoria do levantamento do véu societário na ordem jurídica brasileira.

Nesse momento histórico, propugnando por uma visão maximalista da legislação consumerista, vislumbrando o Direito Privado através de uma visão sistêmica, autorizadas vozes<sup>176</sup> passaram a proclamar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com base no art. 28 do CDC, nas relações jurídicas em geral, combatendo o abuso de direito.

Nas pegadas do Código de Defesa do Consumidor, outros diplomas legais permitiram a desconsideração da personalidade jurídica em situações semelhantes. A Lei nº 8.884/94 – Lei Antitruste, em seu art. 18, repetindo, em linhas gerais, a regra da legislação consumerista, permite a desconsideração, além dos casos de abuso, ilícito ou violação estatutária, por conta de insolvência empresarial. Outrossim, a Lei nº 9.605/98, que implementa a proteção ao meio ambiente, em seu art. 4º, também autoriza a desconsideração da personalidade jurídica sempre que constituir “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. *Nitidamente, são opções expressas pela teoria menor da desconsideração.*

Outras referências são feitas pelo ordenamento jurídico, atribuindo responsabilidade ao sócio, embora não sejam tratadas, expressamente, como hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Veja-se ilustrativamente que podem ser responsabilizados

<sup>175</sup> A opção do legislador consumerista por uma formulação menor da desconsideração foi evidente. Note-se que a simples má administração, falência ou insolvência já permitem, no sistema consumerista (bem como na Lei Antitruste), a responsabilização do sócio. DANIELA STORRY LINS, em posição contrária, vislumbra verdadeiras “perplexidades” nessa amplitude conceitual. Cf. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*, op. cit., p. 56.

<sup>176</sup> Assim, SÍLVIO RODRIGUES assevera ser “útil a eventual invocação dessa concepção mesmo fora dos casos em que a lei o ordena”, exigindo, no entanto, a ocorrência de “circunstâncias excepcionais”. Cf. *Direito Civil: parte geral*, op. cit., p. 97.



por dívidas assumidas em nome da empresa: (i) o administrador das sociedades anônimas (art. 158, Lei nº 6.404/76); (ii) o membro dos Conselhos Fiscais das sociedades anônimas (art. 39, Lei nº 6.404/76); (iii) o gerente ou fiscal da sociedade seguradora (art. 109, Decreto-lei nº 73/66); (iv) o controlador de instituições submetidas à intervenção ou liquidação extrajudicial (Lei nº 9.447/97 em combinação com a Lei nº 6.404/76); (v) o auditor independente (Lei nº 9.447/97).<sup>177</sup>

Com a edição do Código Civil de 2002, a *disregard theory* ganha os contornos gerais do Direito Privado, nos termos do art. 50. O Código Civil, apesar de não acolher expressamente a teoria do levantamento do véu, consagra os seus princípios norteadores, ampliando as hipóteses de aplicação do instituto ao vislumbrar o abuso da personalidade nas hipóteses de *desvio de finalidade* ou *confusão patrimonial*, conectando-se diretamente à *função social da empresa* (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III).

Confira-se o texto legal:

Art. 50, Código Civil:

“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

O Enunciado 51 da Jornada de Direito Civil esclarece que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”, deixando antever que o regramento expresso no Código Civil não afeta a evolução jurídica da matéria, nem tampouco as normas específicas do Código de Defesa do Consumidor, da Lei Antitruste e da Lei Ambiental. Ao revés, é preciso compatibilizá-las, evidenciando uma atuação subsidiária da Lei Civil em tais hipóteses, a partir de verdadeiro *diálogo de subsidiariedade das fontes*.

A partir da intelecção do texto legal, há de se averbar que a nossa Lei Civil abraça a concepção *maior objetiva* (apregoadada por FÁBIO KONDER COMPARATO),<sup>178</sup> pela qual *disregard doctrine* lastreia-se no *desvio de finalidade* ou na *confusão patrimonial*, independentemente do uso e da intenção (elemento anímico) que os sócios fazem da pessoa jurídica.<sup>179</sup> Essa linha ideológica *objetivista* dispensa perquirições subjetivas, atreladas à intencionalidade da prática fraudulenta ou abusiva.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> As hipóteses são lembradas por EDILTON MEIRELES. *Legitimação na execução*, op. cit., p. 118-119.

<sup>178</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*, op. cit., p. 294 ss.

<sup>179</sup> Também entendendo que optou o legislador por uma concepção objetiva, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 212.

<sup>180</sup> Em diferente perspectiva metodológica, FÁBIO ULHOA COELHO propõe a adoção da formulação *subjetiva* “como o critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, *deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de*

Basta, destarte, a simples perícia na escrituração contábil ou nas contas bancárias da empresa demonstrando que foram pagas dívidas pessoais do sócio, ou vice-versa, para que tenha ensejo a desconsideração.

A opção por uma concepção objetiva da desconsideração justifica-se na medida em que seria praticamente impossível para a vítima demonstrar, no caso concreto, a intenção fraudulenta do empresário. Facilita-se, pois, a tutela dos interesses de credores ou terceiros lesados pelo uso indevido da personalidade jurídica.

De qualquer modo, a desconsideração é medida extrema, excepcional, somente admitida episodicamente, quando presentes os requisitos legais. Por lógico, as regras sobre a desconsideração da personalidade jurídica reclamam interpretação restritiva, não sendo possível o seu elastecimento para alcançar situações não contempladas expressamente. É o que reconhece, inclusive, o Enunciado 146 da Jornada de Direito Civil: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade ou confusão patrimonial)”.

### 14.7 Desconsideração inversa

É certo que a teoria da desconsideração inclina-se no sentido de coibir fraudes perpetradas com o manto da autonomia da pessoa jurídica, tendo como pressuposto jurídico obstar a prática abusiva de condutas através do ente personalizado, em detrimento de terceiros, imputando a responsabilidade aos sócios.

Ora, a partir do momento em que se isola o fundamento jurídico da admissibilidade dessa teoria, fácil é depreender a admissibilidade do inverso: é possível, igualmente, desconsiderar a (mesma) autonomia da pessoa jurídica para responsabilizá-la por obrigações assumidas pelos seus sócios.

Explicando o fenômeno da desconsideração às avessas, LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO defende a possibilidade de “utilização da desconsideração da personalidade jurídica visando alcançar os bens da própria sociedade, mas em decorrência de atos praticados por terceiros (sócios)”, nas hipóteses em que os sócios atuaram “ostensivamente ocultando os seus bens na sociedade”.<sup>181</sup> Nessa mesma direção, com correta formulação, FÁBIO ULHOA COELHO admite a *desconsideração inversa* da personalidade jurídica, quando se afasta o “princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade” (pessoa jurídica) por obrigações assumidas pessoalmente pelos sócios.<sup>182</sup>

O Enunciado 283 da Jornada de Direito Civil abraçou a orientação da nossa melhor doutrina, reconhecendo ser “cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiro”.

---

*desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude”* (Curso de Direito Comercial, op. cit., p. 44).

<sup>181</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil*, op. cit., p. 105.

<sup>182</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 45.

Sem dúvida, o campo fecundo para a desconsideração inversa é o Direito de Família, sendo possível exemplificar com a possibilidade de um cônjuge ou companheiro adquirir bens valiosos, com recursos próprios, e registrá-los em nome de uma pessoa jurídica que, eventualmente, tenha o controle, pessoalmente ou por terceiro (“laranja” ou “testa de ferro”). Em casos como esse, é possível responsabilizar a sociedade pelo valor devido ao outro cônjuge ou companheiro, a título de meação.<sup>183</sup> Na mesma trilha de pensamento, ROLF MADALENO sustenta que, “no Direito de Família, sua utilização (da *disregard doctrine*) dar-se-á de hábito na *via inversa*, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou do credor prejudicado”.<sup>184</sup>

#### 14.8 O caráter episódico do *disregard doctrine*

Observe-se que o afastamento da personalidade é *temporário* e *eventual*, podendo a pessoa jurídica voltar a funcionar (desde que tenha condições para tanto) após o ressarcimento dos prejudicados.

Pondera ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS, em opúsculo dedicado ao tema, que o juiz deve, presentes os requisitos exigidos pela lei, desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica “*temporariamente*”, não a anulando, já que o próprio objetivo da teoria é tão somente possibilitar a efetivação, no plano concreto (vivo), da responsabilização civil do infrator.<sup>185</sup>

Nesse passo, fácil é perceber o caráter episódico da desconsideração da personalidade jurídica, que deverá ser reconhecida em cada caso concreto, explicitado, pelo menos, um dos requisitos legalmente exigidos. Com isso, inclusive, repisa-se, concretamente, a impossibilidade de confundir a *desconsideração da personalidade jurídica* com a *despersonalização da empresa*, que implicaria no seu aniquilamento.

#### 14.9 A desconsideração e as *offshore companies*

Expediente muito comum no mundo dos negócios, as *offshore companies* são sociedades sediadas em países com política de tributação menos robusta e facilitação na constituição de sociedades (os chamados “paraísos fiscais”), cujo capital social é representado por ações ao portador (não exigindo a *affectio societatis* e permitindo a circulação mais intensa do capital), com amplo objeto social.

Ou seja, adquiridas as *ações ao portador* de uma *offshore company*, o empresário brasileiro poderá transferir para a sua empresa bens, imóveis, cotas sociais, créditos etc., escondendo o seu patrimônio pessoal sob o véu protetivo da pessoa jurídica.

<sup>183</sup> A hipótese já foi objeto de pronunciamento judicial, em ação julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirmando ser “possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, usada como instrumento de fraude ou abuso à meação do cônjuge promovente da ação, através de ação declaratória, para que estes bens sejam considerados comuns e comunicáveis entre os cônjuges, sendo objeto de partilha” (TJ/RJ, Ac. 8ª Câmara, Ap. Cív. 1999.001.14.506, Rel. Des. Letícia Sardas, j. 7.12.1999).

<sup>184</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*, op. cit., p. 28.

<sup>185</sup> FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 124.

Poder-se-ia indagar: a simples constituição de uma *offshore company* já permitiria desconsiderar a personalidade jurídica por abuso do direito societário? A resposta só pode ser negativa.

Com efeito, a *offshore company* pode ser utilizada legitimamente, sem abuso do direito de associação, valendo-se da própria globalização e da consequente integração entre os mercados econômicos. Ou seja, pode não ser instrumento fraudulento.

Com FÁBIO ULHOA COELHO, “as *offshore companies* são sociedades empresárias constituídas e estabelecidas em país estrangeiro. Não são necessariamente fraudulentas, mas podem servir, como todas as demais sociedades, de instrumento para fraudes e abusos. Nesse caso, a exemplo dos demais, podem ter a sua autonomia patrimonial desconsiderada”.<sup>186</sup>

Sintetizando, os mesmos pressupostos utilizados para a admissão da *disregard theory* serão exigidos para a sua aplicação nas *offshores companies*, não havendo presunção de abuso de direito.

#### 14.10 Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica

É mister colocar em relevo alguns aspectos de ordem processual relacionados à desconsideração da personalidade jurídica, em face da necessária atuação judicial para a aplicação da medida.

De logo, é preciso delimitar a legitimidade para requerer a medida. Conforme previsão expressa da lei (CC, art. 50), a *disregard theory* depende da necessária *iniciativa da parte* (CPC, arts. 2º e 262) ou do Ministério Público quando estiver intervindo no processo como autor ou mesmo como fiscal da lei (nas hipóteses listadas no art. 82, CPC), sendo vedado ao Estado-Juiz desconsiderar *ex officio, sponte sua*, a personalidade de uma pessoa jurídica.

O texto legal é de clareza solar ao legitimar o Ministério Público para o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica. É fácil, pois, depreender que esteja atuando como parte autora ou mesmo como fiscal da lei (*custos legis*), o *Parquet* pode propugnar pela aplicação do *disregard doctrine*. Justifica-se essa legitimidade por “medida de economia e de harmonização”, calcado na “sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica e dos direitos assegurados pela Constituição Federal”, como descreve DEBORAH PIERRI.<sup>187</sup> Um campo bastante fecundo para vislumbrar o requerimento de desconsideração pelo *Parquet* é o das ações coletivas, podendo ser lembradas as hipóteses de ações civis públicas por dano ambiental ou por ato de improbidade administrativa.

Sobre a legitimidade, ainda, é importante sublinhar a possibilidade de alegação da desconsideração da personalidade jurídica pela própria *pessoa jurídica*, em seu favor, com

<sup>186</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, op. cit., p. 48.

<sup>187</sup> PIERRI, Deborah. “Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e o papel do Ministério Público”, op. cit., p. 160.

vistas a obter a responsabilização pessoal de um de seus sócios que, eventualmente, tenha abusado de sua condição, causando prejuízo à própria empresa. Nessa esteira, já se consolidou entendimento no Enunciado 285 da Jornada de Direito Civil: “A teoria da desconconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, *pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor*”.

Outro ponto digno de registro diz respeito ao momento em que se deve desconSIDERAR a personalidade jurídica, convocando os sócios para responderem pelas obrigações frustradas. Apesar de discrepâncias em sede doutrinária e jurisprudencial, não se vislumbra necessária a convocação dos sócios, como partes, para o processo de conhecimento. É possível que, através de ação cautelar incidental ou mesmo através de um incidente instaurado no processo de execução, seja desconSIDERADA a personalidade jurídica, permitindo que a execução venha a incidir sobre o patrimônio dos sócios.<sup>188</sup>

Nesse ponto ainda, pondera GENACÉIA DA SILVA ALBERTON ser desnecessária a propositura da ação, desde o início, contra os instituidores em litisconsórcio com a pessoa jurídica “na medida em que a própria parte a ser atingida pela decisão estaria presente na demanda, diretamente ou encoberta pelo véu da pessoa jurídica”.<sup>189</sup> Equivale a dizer, a parte que será atingida pelos efeitos da sentença (ou seja, os sócios) já estará acompanhando o procedimento, acobertada pelo manto societário, estando ciente de todo o seu andamento.

Bem por isso, EDÍLTON MEIRELES chega mesmo a reconhecer a legitimidade ordinária passiva (secundária) do sócio para a execução quando houver desconSIDERação da personalidade da empresa da qual é cotista.<sup>190</sup>

No que concerne ao momento adequado para a aplicação da teoria da desconSIDERação da personalidade jurídica, cumpre observar que, provada a concreta confusão patrimonial ou o ato abusivo, já está autorizado o Poder Judiciário a fazer incidir sobre os bens dos sócios a responsabilidade pelas dívidas assumidas em nome da sociedade. Assim, é possível que o magistrado (provocado) determine, diretamente no processo de execução, a constrição de determinado bem de propriedade pessoal do sócio, desconSIDERando a separação patrimonial, em decisão recorrível prolatada em ação cautelar incidental ou por mero incidente na execução, ensejando-se chance de defesa ao sócio.<sup>191</sup>

A jurisprudência admite a tese: “O pedido de desconSIDERação da personalidade jurídica pode ser formulado nos próprios autos da execução, pois trata-se de mero

<sup>188</sup> ALEXANDRE COUTO SILVA, citando o emérito ARRUDA ALVIM, admite a possibilidade de “uma pessoa jurídica ser demandada e, durante o curso do processo de conhecimento, em sede cautelar ou na fase de execução, vir a ser atingida a pessoa física”, através da desconSIDERação da personalidade jurídica (*Aplicação da desconSIDERação da personalidade jurídica no direito brasileiro*, op. cit., p. 125).

<sup>189</sup> Apud SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconSIDERação da personalidade jurídica no direito brasileiro*, op. cit., p. 131-132.

<sup>190</sup> MEIRELES, Edílton. *Legitimidade na execução*, op. cit., p. 114 ss.

<sup>191</sup> O exemplo é coligido por ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS. *DesconSIDERação da personalidade jurídica*, op. cit., p. 130. Também FLÁVIA LEFÈVRE GUIMARÃES sustenta a possibilidade de o patrimônio dos sócios ser atingido na execução, tendo eles participado, ou não, do processo. Cf. *DesconSIDERação da personalidade jurídica no Código do Consumidor*, op. cit., p. 148.

incidente” (1ª TACív.SP, Ac. 2ª Câm., Agr. Instr. 1.040.007-2, Rel. Juiz Morato de Andrade, j. 10.10.2001, RT 798: 294). Igualmente, a Jornada de Direito Civil recomenda essa solução, consoante o verbete aprovado no Enunciado 60: “É cabível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, inclusive na fase de execução”.

De fato, não se justifica exigir a propositura de uma ação autônoma de conhecimento para a obtenção da desconsideração da personalidade jurídica, bastando a formação do devido processo legal (contraditório, ampla defesa...), através de um procedimento próprio, incidental ao processo de execução.<sup>192</sup> Não se olvide, de qualquer maneira, que a providência da desconsideração não pode ter aplicação irrestrita e sem medida, impondo-se o respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, de modo a permitir que seja alcançado pelos efeitos da coisa julgada aquele que não figurava no título.

Destarte, entendemos que, antes da sua cientificação, não é cabível a determinação, pelo juiz, de penhora *on-line* nas contas pessoais dos sócios, atingidos pela desconsideração da personalidade jurídica. É que tal providência terminaria por violar, por via oblíqua, o devido processo legal. Assim, é de concluir que a penhora (inclusive *on-line*) no patrimônio pessoal do sócio somente é possível em caráter subsidiário (depois de esgotadas todas as possibilidades de execução direta contra a empresa) e depois de respeitado o direito de ampla defesa e de contraditório, garantidos constitucionalmente.<sup>193</sup> Isso não impede, todavia, que o magistrado, inclusive de ofício, se valha de medidas cautelares, quando necessário, para assegurar o resultado útil, futuro, do processo, em casos nos quais o sócio já está dilapidando o patrimônio ou há risco disso. Nessas hipóteses, o juiz pode, por meio das medidas cautelares, determinar o bloqueio de bens, inclusive de dinheiro, no patrimônio do sócio, o que não tem natureza de uma penhora *on-line*, por se tratar de medida temporária e assecuratória.

### 14.11 Desconsideração da personalidade jurídica e os atos *ultra vires*

*Ultra vires* é a expressão utilizada comumente, no âmbito empresarial, para designar os atos praticados além dos limites (forças) do contrato social. Isto é, é o ato que extrapola o objeto social da empresa, designando uma situação de fato “em que o representante legal da sociedade a obriga em atividade completamente diversa da declarada em seu objeto social”, como expõe MÔNICA GUSMÃO.<sup>194</sup>

<sup>192</sup> Já acatou esse entendimento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica *dispensa* a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentalmente, no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 332.763/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, DJU 24.6.2002, p. 297).

<sup>193</sup> Anuindo a esse raciocínio, vale invocar trecho da obra de GUILHERME GOLDSCHMIDT, especificamente dedicada ao tema, em que se sustenta, identicamente, ser “preciso ocorrer a citação pessoal do sócio para que se possa concretizar o redirecionamento da execução na forma legal. Assim, enquanto não procedido tal ato (citação do sócio), não pode ser determinada a penhora *on-line*, sob pena de violação ao devido processo legal. Somente depois de realizada a citação, poderá o exequente, se for o caso, requerer ao juiz da execução a realização de penhora” (*A penhora on-line no direito processual brasileiro*, op. cit., p. 83).

<sup>194</sup> GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*, op. cit., p. 245.



Trata-se, pois, da utilização abusiva, indevida, do nome da empresa, fazendo com que um determinado ato, praticado em nome da sociedade, a obrigue além dos limites almejados pelo seu contrato social.

Já se chegou a afirmar que, considerado o abuso presente no ato *ultra vires*, a empresa não deveria responder pelos danos causados a terceiros, independentemente da boa-fé do terceiro – que poderia, ou não, conhecer o contrato social da empresa e saber que o ato extravasava os seus limites societários. Contrapunha-se, como se nota, a teoria dos atos *ultra vires* à teoria da aparência – através da qual o terceiro de boa-fé estaria protegido pelos atos praticados em nome da pessoa jurídica, mesmo violando os seus estatutos internos. Não é, seguramente, a solução que merece prestígio e apoio.

Efetivamente, com esteio na boa-fé (objetiva e subjetiva) e na própria teoria da aparência, deve se afirmar que a empresa se obriga pelos atos *ultra vires* praticados pelos seus sócios e administradores. Apenas será possível afastar essa responsabilidade se provar que o terceiro tinha inequívoca ciência de que o ato era estranho ao seu objeto social.<sup>195</sup>

Nessa tocada, DANIEL EDUARDO CARNACCHIONI é enfático ao reconhecer que “a teoria *ultra vires* é incompatível com o princípio da boa-fé objetiva e a teoria da aparência”.<sup>196</sup> A jurisprudência superior acompanha esse raciocínio, protegendo o terceiro de boa-fé.<sup>197</sup>

Pois bem, a simples prática de um ato *ultra vires* não implicará em desconsideração da personalidade jurídica, cujos requisitos específicos (abuso de direito, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial) podem não se apresentar na caracterização de um ato *ultra vires*, extrapolando os limites do objeto societário.

São situações diversas, com soluções igualmente distintas.

## 14.12 A desconsideração expansiva da personalidade jurídica

Já se fala, na doutrina brasileira, em *desconsideração expansiva da personalidade jurídica*.

Trata-se de nomenclatura utilizada para designar a possibilidade de desconsiderar uma pessoa jurídica para atingir a personalidade do *sócio eventualmente oculto*, que, não raro, está escondido na empresa controladora.

O exemplo construído por MÔNICA GUSMÃO é interessante: “Em ação de execução em face da Sociedade A, pela Sociedade B, a exequente verifica a dissolução irregular da executada, e tem ciência de que a Sociedade C, constituída por alguns sócios da

<sup>195</sup> A tese conta com a simpatia, também, de MÔNICA GUSMÃO, para quem a não responsabilização da empresa pelos atos *ultra vires* implicaria em “retrocesso e ofensa aos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor” (e, acrescentaríamos, do próprio Código Civil). Cf. *Lições de Direito Empresarial*, op. cit., p. 246.

<sup>196</sup> CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 284.

<sup>197</sup> “O excesso de mandato praticado pelo administrador da pessoa jurídica poderá ser oposto ao terceiro beneficiário apenas se ficar afastada a boa-fé deste, o que ocorre quando: (i) a limitação de poderes dos administradores estiver inscrita no registro próprio, (ii) o terceiro conhecia do excesso de mandato, e (iii) a operação realizada for evidentemente estranha ao objeto social da pessoa jurídica. Verificada a boa-fé do terceiro, restará à pessoa jurídica exigir a reparação pelos danos sofridos em ação regressiva a ser proposta contra o administrador que agiu em excesso de mandato” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 448.471/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.3.2003, DJU 14.4.2003, p. 221).

Sociedade A, exerce suas atividades no mesmo domicílio da executada, dissolvida irregularmente. Nesse caso, admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da Sociedade C, de forma expansiva, para atingir o patrimônio dos sócios ocultos, verdadeiros ‘testasdeferro’ da sociedade executada, a fim de coibir eventual fraude”.<sup>198</sup>

A orientação jurisprudencial é no sentido de admitir a desconsideração expansiva, quando provada a presença do sócio oculto.<sup>199</sup>

### 14.13 Aplicação da teoria do *disregard* no Direito das Famílias

Diante do que foi exposto, é possível asseverar, sem medo de erro, que a *disregard doctrine* está vocacionada para impedir o abuso ou a fraude através do uso indevido da personalidade das pessoas jurídicas.

De outra banda, não se pode negar a existência de influências econômicas consideráveis no Direito das Famílias, não somente “em função do seu caráter de subsistência dos familiares e resultado desta engrenagem chamada sociedade conjugal, mas, também, porque *testemunham os processos de separação, e cada vez mais, que as causas do desamor perdem terreno fácil para os problemas financeiros, pois sua solução é que traz segurança e estabilidade no retorno à vida individual*”, nas candentes palavras de ROLF MADALENO, em pioneiro trabalho.<sup>200</sup>

Ora, nas relações familiares (casamento, união estável, obrigação alimentar etc.), não raro, um estranho e perverso sentimento vingativo aflora nas pessoas, fazendo com que sejam utilizadas as pessoas jurídicas para dar espaço a fraudes pelas quais se intenta prejudicar o ex-cônjuge ou o ex-companheiro que pretende partilhar o patrimônio na dissolução da relação afetiva, o irmão que deseja promover a partilha do patrimônio recebido em sucessão hereditária ou, até mesmo, o filho que cobra pensão alimentícia.

Assim, a admissão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica surge como elemento neutralizador das fraudes e abusos executados sob o véu protetivo da pessoa jurídica.

“É larga e produtora sua aplicação no processo familiar, principalmente, frente à diuturna constatação nas disputas matrimoniais, do cônjuge empresário esconder-se sob as vestes da sociedade, para a qual faz despejar, senão todo, ao menos o rol mais significativo dos bens comuns. É situação rotineira verificar nas relações nupciais e de concubinatos que os bens materiais comprados para uso dos esposos ou concubinos, como carros, telefones, móveis e mormente imóveis, dentre eles a própria alcova nupcial, encontram-se registrados e adquiridos em nome de empresas de que participa um dos consortes ou conviventes”, como detecta MADALENO.<sup>201</sup>

<sup>198</sup> GUSMÃO, Mônica. *Lições de Direito Empresarial*, op. cit., p. 120.

<sup>199</sup> É do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o referido precedente: “empresa desativada irregularmente. Venda de imóvel pelos sócios gestores e pelo sócio tido como oculto, interveniente hipotecante do bem. Desconsideração da personalidade jurídica” (TJ/RS, Ac. 2ª Câmara Especial Cível, Ap. Cív. 70005749510 – Comarca de Tapejara, Rel. Desa. Cláudia Maria Hardt, j. 15.4.2004).

<sup>200</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*, op. cit., p. 22.

<sup>201</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*, op. cit., p. 28.

Em linha confirmatória, GUILLERMO JULIO BORDA afirma ser fácil encontrar, nas relações afetivas entre marido e mulher, “manobras fraudulentárias de um dos cônjuges que, valendo-se da estrutura societária, esvazia o patrimônio da sociedade conjugal em detrimento do outro (no mais das vezes o marido em prejuízo da esposa) e, assim, com a colaboração de terceiro, reduzem a zero o patrimônio do casal”.<sup>202</sup> Também não é incomum o pai esconder seu patrimônio pessoal na estrutura societária da pessoa jurídica, com o nefasto propósito de diminuir (ou, até mesmo, não pagar) o valor da pensão alimentícia devida ao filho.

Por isso, impõe-se aplicar a consagrada teoria do abuso da personalidade jurídica, retirando o véu societário, quando resultam evidentes condutas praticadas pela empresa para, concretamente, prejudicar terceiros, máxime quando se tratar de abuso praticado pelo marido, companheiro ou genitor em detrimento dos legítimos interesses de seu cônjuge, companheiro ou filho.<sup>203</sup>

Nessa linha de inteligência, as nossas Casas Judiciais vêm se sensibilizando com o problema, admitindo a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em relações de Direito das Famílias, como demonstra este *decisum*:

“Tendo tocado na partilha consensual à mulher/autora o único bem registrado em nome da sociedade comercial, evidente o dano que a impede de exercer seu direito à meação. Aplicação da teoria da ‘disregard’ para determinar a transferência da titularidade do imóvel à autora, conforme acordado na separação consensual, com sentença homologatória” (TJ/RS, Ac. Unân., 8ª Câmara Cív., Ap. Cív. 70005866660, Rel. Des. José S. Trindade, j. 3.4.2003, DOERS 17.4.2003, RBDfam 17: 114).

Também já se disse, em jurisprudência, que “a transferência de quotas sociais, do sócio quase absoluto da empresa, para o nome de sua sogra, em evidente fraude à Lei de Alimentos, é ineficaz em face do credor” (TJ/RS, Ac. 8ª Câmara Cív., Ap. Cív. 590092128).

Aliás, em relação aos processos de família, não se pode negar a redobrada importância da *disregard theory* em face da necessidade de procedimentos mais simplificados e menos formalistas, tendendo a soluções mais justas (juízo de equidade), considerando que o objeto da disputa judicial incide sobre relações de ordem íntima, cuidando do aspecto psicológico, espiritual, da pessoa humana, dizendo respeito, em última análise, à sua própria existência.

Como nota conclusiva, vale colacionar a pertinente observação de ROLF MADALENO, de que no Direito de Família “a penetração do véu societário torna-se uma poderosa arma a favor da parte mais débil do relacionamento afetivo e que, usualmente, se torna vítima da fraude ou do abuso societário”, permitindo-se verdadeira “oxigenação do direito societário”,<sup>204</sup> responsabilizando-se quem dele se utiliza com torpeza.

<sup>202</sup> BORDA, Guillermo J. *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, op. cit., p. 85.

<sup>203</sup> BORDA, Guillermo J. *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, op. cit., p. 88.

<sup>204</sup> MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*, op. cit., p. 55.

### 14.14 Aplicação da teoria do *disregard* no Direito das Sucessões

Também o Direito das Sucessões é terreno fecundo para a aplicação da teoria do *disregard*, por conta da possibilidade de utilização do manto empresarial com o fito de lesar interesses dos herdeiros.

Em interessante precedente, a jurisprudência argentina teve oportunidade de determinar a aplicação da desconsideração em processo sucessório (CApel, CC, L.L., 1979, D-237). O caso envolvia um conhecido engenheiro e empresário, proprietário de próspero estabelecimento agrícola, que veio a constituir com sua esposa e cinco (de seus seis) filhos uma sociedade empresarial denominada *La Estrella*, omitindo, propositadamente, o seu filho mais velho. Na sequência, veio o empresário a transferir seus principais bens para a pessoa jurídica, diminuindo, sensivelmente, o seu patrimônio pessoal, em favor do patrimônio empresarial. Ora, aberta a sua sucessão, com o seu óbito, o seu filho mais velho questionou a transferência de ações, terras e gado para a pessoa jurídica (da qual não participava da estrutura social), prejudicando os seus interesses legítimos. A Corte argentina determinou o *corrimiento del velo societario*, uma vez que a sociedade escondia a realidade.

Nas palavras precisas do argentino GUILLERMO BORDA, ocorre com certa frequência a utilização de pessoas jurídicas por pais que pretendem beneficiar alguns de seus filhos em detrimento de outros, tentando alcançar objetivo contrário à lei (frustração do direito à herança). Aqui encontra-se o substrato axiológico da aplicação da desconsideração no direito sucessório, servindo como “ferramenta de que pode se valer o prejudicado para obter o reconhecimento de seu direito integral à herança”.<sup>205</sup>

### 14.15 Aplicação da teoria do *disregard* no âmbito do Direito do Trabalho

No campo trabalhista, a incidência da desconsideração da personalidade jurídica ganha, sem dúvida, um especial colorido.

É que, de há muito, renomados juristas sustentaram a existência de previsão específica na própria Consolidação das Leis do Trabalho, acolhendo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa. A alusão diz respeito ao art. 2º, § 2º, do Texto Consolidado, que, segundo parcela da doutrina, parecia “aplicar a teoria da desconsideração”<sup>206</sup> para afirmar que a personificação societária não seria óbice à proteção do trabalhador, que, naturalmente, é hipossuficiente. Diz o citado dispositivo legal (CLT, art. 2º, § 2º), *in litteris*: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

<sup>205</sup> BORDA, Guillermo Julio. *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, op. cit., p. 107.

<sup>206</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 307.

*Venia maxima concessa*, a afirmação de que o mencionado dispositivo legal estaria a acatar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é equivocada, propiciando indevida confusão conceitual.

Com efeito, o § 2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho cuida, em verdade, de hipótese de *responsabilidade solidária* entre empresas componentes de grupos econômicos – o que, aliás, se mostra de grande relevo nos dias atuais, nos quais proliferam as mais diversas formas de atuação empresarial. Seria o caso da responsabilidade da empresa *holding* pelo débito trabalhista ou previdenciário da empresa controlada.

Em se tratando de *responsabilidade solidária*, o que se almeja é a proteção direta e integral do trabalhador, garantindo a possibilidade de alcançar qualquer das pessoas integrantes de grupos econômicos, *independentemente de abuso caracterizado por fraude ou confusão patrimonial, como exige o art. 50 da Codificação Civil para a incidência da desconconsideração da personalidade jurídica*. Bem por isso, é possível afirmar que na hipótese referida na Consolidação Trabalhista não se suprimirá, sequer por algum instante, a personalidade jurídica da empresa, apenas elastecendo os riscos da atividade econômica exercida para alcançar terceiros.

Isto é, independentemente da ocorrência de abuso no exercício da personalidade jurídica, marcado pela fraude ou pela confusão patrimonial, é possível atingir os bens do sócio ou da empresa controladora ou integrante do grupo econômico. O fundamento dessa responsabilização solidária, portanto, é, tão somente, a ausência de bens executáveis para garantir os interesses do trabalhador.

Não há sentido em tentar vislumbrar a *disregard theory* em dispositivos legais que atribuem, expressamente, responsabilidade solidária – ou subsidiária, noutros momentos – aos sócios por conta das dívidas de uma pessoa jurídica.

Dessa maneira, a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito das relações de trabalho está fundamentada no art. 50 do Código Civil de 2002, aplicável no Direito do Trabalho em face do que dispõe o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, afastando-se, em definitivo, a falsa impressão de que a sua base legal seria o art. 2º, § 2º, desse diploma, que, em verdade, consagra hipótese de responsabilização solidária.<sup>207</sup>

Nessa ordem de ideias, vale o registro de que a *disregard doctrine* no âmbito trabalhista submete-se ao mesmo balizamento do Direito Civil, *dependendo da comprovação de abuso caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, em caráter episódico e subsidiário, somente quando demonstrado que a pessoa jurídica não tem condições de honrar as suas obrigações com o seu próprio patrimônio*. Assim, de ordinário, o momento oportuno para a desconconsideração da personalidade jurídica será no processo de execução, depois

<sup>207</sup> Com o mesmo pensamento, veja-se OKSANDRO GONÇALVES, para quem “é possível concluir que a aplicação da teoria da desconconsideração, no Direito do Trabalho, com fundamento no art. 2º, § 2º, da CLT, não é correta. A sua aplicação somente é possível através do art. 8º da CLT, que estabelece a possibilidade de se decidir pela jurisprudência, por analogia, equidade, princípios, normas gerais do Direito, usos e costumes[...] funcionando o direito comum (no caso, o Direito Civil) como fonte subsidiária do Direito do Trabalho” (*Desconconsideração da personalidade jurídica*, op. cit., p. 67).

de comprovada a insolvência<sup>208</sup> e a ocorrência de uma das hipóteses autorizadoras contempladas no art. 50 do Código Civil. Para que seja requerida, desde o início do processo, a desconsideração é preciso que o autor já demonstre a existência de tais requisitos – o que, a toda evidência, é de rara ocorrência.<sup>209</sup>

Por isso, o sócio somente pode ser atingido na execução trabalhista, por conta da teoria da desconsideração, quando provada a existência de uma das hipóteses previstas no Código Civil, sendo ilegítima a sua inclusão no processo quando não ocorrer um dos casos ali tratados. Em sendo assim, “não configurada hipótese ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil), deve o sócio ser excluído da lide”, como já acena a jurisprudência trabalhista.<sup>210</sup>

Outrossim, não se ignore que a responsabilidade do sócio, decorrente da *disregard doctrine*, reclama a prévia formação do devido processo legal, garantido constitucionalmente (CF/88, art. 5º, LV), com a sua cientificação e a possibilidade de defesa, através de procedimento apenso à execução trabalhista, quando provada a inexistência de bens penhoráveis da própria empresa-reclamada.

A submissão da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista aos requisitos e regras do Direito Civil não elimina, contudo, a possibilidade de responsabilização solidária da empresa participante de grupo econômico, prevista no § 2º do art. 2º do Texto Consolidado.

### 14.16 Aplicação da teoria do *disregard* no âmbito da Administração Pública

Apesar do silêncio legislativo, é possível sustentar, com forte argumentação, a incidência da desconsideração da personalidade jurídica também na esfera da Administração Pública, com o propósito do obstar prejuízo ao Erário ou à qualidade do serviço público quando estiver presente um dos requisitos tipificados na Lei Civil. O fundamento é óbvio: preservar o interesse público.

Verticalizando o estudo da questão, LUCIANO CHAVES DE FARIAS, lembrando que a teoria do *disregard* está situada, topologicamente, no âmbito da Teoria Geral do Direito,

<sup>208</sup> A jurisprudência vem, corretamente, reconhecendo a necessidade de comprovação da insolvência da empresa para que se autorize a penhora de bens do sócio, desconsiderando a personalidade jurídica do empregador: “desconsideração da pessoa jurídica. A adoção da teoria da despersonalização da pessoa jurídica, consagrada pela moderna ciência jurídica, permite a invasão da órbita patrimonial do sócio, *quando há evidências de que a empresa não possui bens capazes de garantir a execução de seus débitos trabalhistas*” (TRT – 17ª Região, MS118/99, Ac. 9.814/99, Rel. Des. Sérgio Moreira de Oliveira).

<sup>209</sup> No ponto, merece referência interessante acórdão do Tribunal Regional do Trabalho baiano, promovendo correta aplicação da teoria do *disregard*: “somente haverá desconsideração da personalidade jurídica da empresa nos casos previstos em lei (art. 50 do Código Civil), circunstância que autoriza que a execução alcance os bens dos sócios, a fim de que seja satisfeito o crédito obreiro. Não havendo, no momento processual, configuração daquelas hipóteses, escorreita a sentença que declarou a ilegitimidade passiva da proprietária, não havendo vedação de que a situação seja revista para incluí-la na fase executória” (TRT – 5ª Região, Ac. 5ª T., RO 570-2007-401-05-00-6, Rel. Des. Esequias de Oliveira, DJ 23.7.2008).

<sup>210</sup> TRT – 5ª Região, Ac. 1ª T., AgPet. 1594-1992-005-05-01-0, Rel. Des. Marama Carneiro, DJ 12.12.2007.



pois a sua *ratio essendi* é a proteção contra abusos e fraude, assevera ser “plenamente cabível, no Direito Administrativo, a aplicação excepcional da teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, em homenagem aos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, da moralidade e da eficiência.<sup>211</sup>

Um bom exemplo pode ser apresentado demonstrando a necessidade de impedir que pessoas jurídicas que são formadas fraudulentamente ou abusivamente venham a participar de certames licitatórios e celebrem contratos administrativos, afrontando aos mais elementares princípios, como a moralidade.

Com isso, independentemente de decisão judicial, é possível ao Poder Público desconsiderar a personalidade jurídica para obstar que sociedades de fachada celebrem contratos com o Estado ou declarar a ineficácia de determinados atos que impliquem em prejuízo aos interesses públicos ou violação a texto legal. Sempre, porém, dependendo da prova de ocorrência de um dos requisitos contemplados no art. 50 do Código Civil.

Há de se alertar, porém, para a necessidade de respeito à efetiva aplicação dos direitos fundamentais constitucionais, sendo imprescindível, para a desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, o respeito ao devido processo legal, assegurado pelo art. 5º, LV, da Carta Maior. Dessa maneira, para desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa, seja qual for a finalidade almejada, a Administração Pública terá de oportunizar aos interessados, em procedimento interno, o contraditório e a ampla defesa.

Pronunciando-se favoravelmente à possibilidade de desconsideração na seara administrativa, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de confirmar a tese aqui esposada:

“A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

*A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular*” (STJ, ROMS 15166/BA, Rel. Min. Castro Meira, DJU 8.9.2003, p. 262).

Perlustrando essa trilha, a Lei Estadual baiana nº 9.433/05 – Lei estadual de licitações, em seu art. 200 termina por reconhecer a possibilidade de desconsideração em sede administrativa, ao declarar que “fica impedido de participar e de contratar com a Administração Pública a pessoa jurídica constituída por membros da sociedade que, em

<sup>211</sup> FARIAS, Luciano Chaves de. “Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa”, op. cit., p. 48.

data anterior à sua criação, haja sofrido penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar”.<sup>212</sup>

### 14.17 Desconsideração e a declaração de indisponibilidade de bens na liquidação extrajudicial de instituições financeiras

A Lei nº 6.024/74, ao disciplinar a intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras, em procedimento que se inicia através de resolução do Banco Central do Brasil, prevê a indisponibilidade dos bens pertencentes aos administradores adquiridos nos 12 meses antecedentes ao ato liquidatório e o arresto para os bens mais antigos.

O escopo da norma, sem dúvida, é emprestar tratamento isonômico aos credores da massa liquidanda, através de procedimento administrativo-concursal.

Acrescente-se, inclusive, que, além da indisponibilidade de bens, os administradores podem responder por ação de responsabilidade, com o fito de ressarcir eventuais prejuízos dos credores (art. 46 da Lei nº 7.913/91).

Surge, nessa ambientação, interessante problema: é possível estender a indisponibilidade de bens, mencionada no texto legal indicado, aos casos de desconsideração da personalidade jurídica?

Conquanto alguns precedentes jurisprudenciais admitam a indisponibilidade de bens dos sócios em hipóteses de desconsideração, não parece a melhor solução. Com efeito, a indisponibilidade dos bens encontra amparo em disposição expressa de lei (Lei nº 6.024/74), “não tendo cabimento nos casos em que o legislador permanece silente”, conforme entendimento esposado por DANIELA STORRY LINS.<sup>213</sup>

De qualquer forma, não se pode esquecer a possibilidade de providências cautelares inominadas (CPC, arts. 797 e 798) no processo de conhecimento ou de execução, dentre elas a *indisponibilidade de bens do devedor*, que poderá ser decretada de ofício ou a pedido do interessado ou mesmo do Ministério Público, quando participar do processo. Para tanto, devem estar presentes os requisitos gerais das medidas cautelares, afastada a incidência da legislação específica da liquidação extrajudicial das instituições financeiras que determina a indisponibilidade de bens como medida obrigatória.

### 14.18 Subcapitalização e desconsideração da personalidade jurídica

O capital social de uma pessoa jurídica decorre da contribuição dos seus sócios, podendo ser formado por dinheiro, bens ou créditos de diferentes naturezas, a depender

<sup>212</sup> Comentando a legislação estadual licitatória e defendendo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica prevista na citada norma legal, seja consentido fazer referência à obra de EDITE MESQUITA HUPSEL e LEYLA BIANCA CORREIA LIMA COSTA. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia*, op. cit., em especial, p. 461.

<sup>213</sup> LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*, op. cit., p. 77.

do interesse de cada um dos participantes, salvo disposição expressa do próprio contrato social.

Enquanto não integralizado o capital social subscrito, o sócio responde solidária e integralmente pelas dívidas da empresa. De qualquer maneira, os seus bens somente poderão ser atingidos quando a sociedade se mostrar insolvente.

A constatação da insuficiência de capital próprio ao desenvolvimento das atividades negociais (subcapitalização) é importante aspecto da pessoa jurídica que tem pertinência à *disregard doctrine*. É que uma empresa subcapitalizada (com capital insuficiente para as atividades desempenhadas) implica em evidente tentativa de reduzir os riscos intrínsecos à atividade. Afinal, o capital social da pessoa jurídica deve ser compatível à atividade desenvolvida, sob pena de prejuízo de terceiros e fraude.

Ora, se a empresa não conta com capital social suficiente e adequado para honrar as suas obrigações, decorrentes do desenvolvimento de suas atividades, não se pode permitir que a responsabilidade de cada sócio esteja limitada ao aporte que efetuou. Até porque terceiros não podem ser prejudicados por empresários que, intencionalmente ou não, deixaram de aportar capital necessário para as atividades societárias.

Bem por isso, em casos tais, nos quais ocorre infracapitalização de uma sociedade, há de se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica com base no abuso praticado pelo sócio que pretendeu fugir dos prováveis riscos do negócio, atendido um de seus pressupostos legais.

Lembra, inclusive, DANIELA STORRY LINS não importar se a subcapitalização foi originária ou superveniente, “pois, ainda que a disparidade entre o capital social e as necessidades da empresa resulte de imprevisível crescimento desta, os sócios têm a obrigação de adaptar a sociedade à realidade ou limitando as suas atividades ou aumentando o capital da sociedade”.<sup>214</sup>

Sem dúvida, a falta de capitalização adequada à real atividade societária é fator suficiente para demonstrar o abuso, ensejando a desconsideração da personalidade jurídica, pois é intuitivo que o direito de associação pressupõe a correta capitalização, garantindo interesses de terceiros.<sup>215</sup>

#### 14.19 Desconsideração indireta da personalidade jurídica

Não é raro, infelizmente, encontrar fraudes e abusos cometidos por empresas controladoras, utilizando da personalidade jurídica da empresa controlada (ou coligada, subsidiária integral etc.) para prejuízo de terceiros ou para obtenção de vantagens indevidas.

Nessa hipótese, encontra-se a chamada *desconsideração indireta da personalidade jurídica*, através da qual é permitido o levantamento episódico do véu protetivo da empresa

<sup>214</sup> LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*, op. cit., p. 86.

<sup>215</sup> Com idêntico raciocínio, GUILLERMO BORDA. *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, op. cit., p. 26.

controlada para responsabilizar a empresa-controladora (ou coligada...) por atos praticados com aquela de modo abusivo ou fraudulento.

Observa-se que a hipótese vem se tornando muito comum, em especial envolvendo grandes complexos empresariais que adquirem, sucessivamente, diversas empresas que terminam atuando de modo a criar um ambiente mais seguro para a sua controladora, em detrimento de terceiros que contratam com uma empresa mais fraca (controlada por outra mais forte).

# VI

## OS BENS JURÍDICOS

### SUMÁRIO

1 Considerações gerais: o objeto das relações jurídicas. 2 Bem e coisa: divergências e aproximações. 3 Patrimônio jurídico. 4 Teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana. 5 Classificação. 5.1 Generalidades. 5.2 Bens corpóreos e incorpóreos. 5.3 Bens móveis e imóveis. 5.4 Bens fungíveis e infungíveis. 5.5 Bens consumíveis e inconsumíveis. 5.6 Bens divisíveis e indivisíveis. 5.7 Bens singulares e coletivos. 5.8 Bens principais e acessórios. 5.9 Bens públicos e privados. 5.10 Bens no comércio e fora do comércio. 6 O bem de família. 6.1 O bem de família consubstanciando a teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana (direito ao mínimo existencial). 6.2 O bem de família no direito brasileiro. 6.2.1 A dualidade de regimes. 6.2.2 O valor família. 6.2.3 Natureza jurídica do bem de família. 6.3 O bem de família convencional. 6.3.1 Noções conceituais. 6.3.2 Extensão da proteção. 6.3.3 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família voluntário. 6.3.4 Legitimação para a instituição do bem de família convencional. 6.3.5 Duração. 6.3.6 A questão da solvência do instituidor. 6.3.7 O Ministério Público e o bem de família. 6.4 O bem de família legal. 6.4.1 Noções conceituais e a proteção do bem de menor valor. 6.4.2 Alargamento do objeto. 6.4.3 Constitucionalidade do regime legal do bem de família. 6.4.4 Característica do bem de família legal. 6.4.5 A extensão da impenhorabilidade somente aos bens de valor médio necessários a uma vida digna. A (im) possibilidade de penhora do imóvel único de elevado valor. 6.4.6 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal. 6.4.7 Retroatividade. 6.4.8 Ampla compreensão do núcleo familiar e a (des)necessidade de fixação de residência efetiva. 6.4.9 Alegação no processo. 6.5 Redefinindo o bem de família legal: o bem da pessoa humana como expressão de seu patrimônio mínimo (o bem de família da pessoa sozinha).

*“Eu queria ter na vida simplesmente  
um lugar de mato verde pra plantar e pra colher  
Ter uma casinha branca de varanda  
Um quintal e uma janela só pra ver o sol nascer.”*

*(GÍLSON, Casinha branca,  
de GÍLSON e JORAN)*

*“E se tiveres renda, aceito uma prenda, qualquer  
coisa assim, como uma pedra falsa, um sonho  
de valsa ou um corte de cetim.”*

*(Folhetim,  
de CHICO BUARQUE DE HOLLANDA)*



# 1

## CONSIDERAÇÕES GERAIS: O OBJETO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

É possível afirmar que, genericamente, bem é tudo aquilo que, de algum modo, nos traz satisfação. Enfim, como percebeu com sensibilidade aguçada CLÓVIS BEVILÁQUA, bem “é tudo quanto corresponde à solicitação de nossos desejos”.<sup>1</sup>

Sob o enfoque jurídico, no entanto, bem tem significado próprio, específico, voltado para uma finalidade específica. São aqueles susceptíveis de uma valoração jurídica. Em outras palavras, bens jurídicos são aqueles que podem servir como objeto de relações jurídicas. São, nesse passo, as utilidades materiais ou imateriais que podem ser objeto de direitos subjetivos.

Disso não discrepa o mestre ORLANDO GOMES, desfechando ser bem “toda utilidade, material ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito”.<sup>2</sup>

Identicamente, o saudoso CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA já esclarecia ser bem “tudo que nos agrada: o dinheiro é um bem, como o é a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; bem é ainda a alegria de viver, o espetáculo de um pôr do sol, um trecho musical; bem é o nome do indivíduo, sua qualidade de filho, o direito à sua integridade física e moral. *Se todos são bens, nem todos são bens jurídicos*. Nessa categoria inscrevemos a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica”.<sup>3</sup>

Averba-se, desse modo, que, de regra, todo direito subjetivo traz em seu objeto um bem jurídico. Explicitando, detalhadamente. A partir da ideia, já vista alhures, de que as relações jurídicas são formadas por três elementos (sujeitos, objeto e vínculo), é de se notar que o seu objeto é um bem sobre o qual recairá o direito subjetivo do sujeito ativo, permitindo-lhe exigir do sujeito passivo o comportamento esperado.

Ser objeto da relação jurídica significa sofrer a dominação do sujeito nos termos e limites dos poderes concedidos pela relação jurídica.

Os bens jurídicos podem ser dotados, ou não, de economicidade, bem como podem ter existência material ou não. Assim, são considerados bens jurídicos tanto um imóvel e uma joia, quanto a honra e a imagem. Ilustrativamente, assim como o imóvel é o objeto do direito (subjetivo) de propriedade, a imagem será o objeto do direito (subjetivo) da personalidade.

Dessa maneira, é possível encontrar no objeto das relações jurídicas subjetivas, além dos bens jurídicos economicamente apreciáveis, os atributos ou manifestações da personalidade do próprio sujeito (direitos da personalidade) e as atividades e serviços de natureza intelectual ou técnica (propriedade intelectual).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 213.

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 199.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 400-401.

<sup>4</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 302.

Tanto os bens jurídicos com expressão econômica, quanto aqueles sem referência pecuniária, podem ser materiais ou imateriais. Exemplos elucidativos podem ser apresentados. Enquanto um automóvel e os direitos de autor demonstram, respectivamente, a existência de bens economicamente apreciáveis materiais e imateriais e a honra e a privacidade explicitam bens jurídicos sem expressão econômica imateriais, é possível lembrar que o patrimônio cultural de uma determinada localidade (o conjunto arquitetônico do Pelourinho, em Salvador, ou de Ouro Preto, em Minas Gerais, por exemplo) evidencia um bem jurídico não apreciável economicamente materializável.

Nessa linha de ideias, percebida a existência de determinados objetos de relações jurídicas sem expressão econômica, é fácil afirmar que “há, no plano do Direito, direitos subjetivos que podem se enquadrar na esfera jurídica, mas não no âmbito estrito do patrimônio”, na lúcida preleção de LUIZ EDSON FACHIN.<sup>5</sup> Assim, a noção de esfera jurídica de interesses transcende a economicidade e a materialidade dos bens jurídicos, sendo indubitosa a existência de relações jurídicas, protegidas pelo ordenamento jurídico, cujo objeto não reflete valor econômico ou mesmo cujo objeto, apesar de enfeixar valor pecuniário, não admite apropriação material.

Aliás, na contemporaneidade é exigida uma nova compreensão dos bens e, consequentemente, da propriedade, em razão dos processos econômicos,<sup>6</sup> das novas descobertas científicas e da acomodação das necessidades sociais. Exemplo eloquente disso é o chamado *time sharing* (ou multipropriedade imobiliária) que regulamenta um direito de propriedade que tem como objeto um bem por determinado período de tempo durante o ano.

Sem dúvida, portanto, é possível vislumbrar novas figuras na teoria dos bens, fruto da evolução científica e tecnológica, além das modificações sociais, firmando relevante interesse jurídico no meio ambiente (cultural, inclusive), nos programas de computação, no *software*, no *know-how*, dentre outros, que podem, efetivamente, ser compreendidos como objeto das relações jurídicas.

Nesse ambiente, inclusive, vale a referência à *informação* como um efetivo bem jurídico. Não há dúvida de que a difusão de notícias e dados representativos da realidade na sociedade de massa constitui importante atividade com indubitáveis reflexos no mundo jurídico. Assim, “as técnicas de produção de informação de massa, como os jornais, o cinema, o rádio, a televisão e, por fim, a informática”, podem constituir objeto de relações jurídicas, na percepção fina de FRANCISCO AMARAL.<sup>7</sup> Aliás, conforme o Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, III, é dever imposto ao fornecedor, relevando esclarecer ao consumidor todos os dados significativos do produto ou serviço.

Mas não é só. É preciso realçar que os comportamentos humanos, identicamente, podem ser objeto de relações jurídicas, como se percebe em um contrato de prestação de serviços.

<sup>5</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*, op. cit., p. 158.

<sup>6</sup> Identicamente, RENAN LOTUFO. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 199.

<sup>7</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 314.

Ou seja, fixada a ideia de que os bens podem ser objeto das relações jurídicas, convém evidenciar que igual tratamento pode ser dispensado às *prestações*.<sup>8</sup> Prestação é a atividade comissiva ou omissiva a que o devedor se compromete para atender a interesses específicos em favor do credor. Exemplificando, quando alguém contrata outra pessoa para promover o transporte de determinada mercadoria de um lugar para outro ou quando uma casa de espetáculos contrata com um pianista uma apresentação musical, tem-se como objeto das relações jurídicas uma prestação, ou seja, uma conduta humana – positiva ou negativa –, e não a entrega de uma coisa específica.

Nessa linha de inteligência, encontra-se a oportuna lição lusitana de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, para quem nas relações jurídicas subjetivas caracterizadas pela prestação “o objeto não é rigorosamente uma coisa (*res*), mas um comportamento do devedor (uma atividade nas obrigações de prestações de coisa ou de prestação de fato positivo; uma abstenção nas obrigações de prestação de fato negativo)”.<sup>9</sup> Desse conceito, extraem-se as características típicas das prestações: a licitude, a possibilidade física e jurídica e que seja determinada ou determinável, caracterizando o cerne da relação jurídica obrigacional, estudada, em todas as suas feições e amplitudes, no Direito das Obrigações.

Assim, afirma-se, indubitavelmente, que as prestações também podem ser objeto das relações jurídicas subjetivas.

Também merece menção a possibilidade de *direitos sobre direitos*, permitindo antever a existência de relações jurídicas que, verdadeiramente, possuem como objeto, *direitos*.<sup>10</sup> É que nada impede ao legislador atribuir a determinados elementos ideais, abstratos, a qualificação de objeto de relações jurídicas, com o propósito de atender a interesses dos sujeitos de direito, especialmente da pessoa humana, em suas multifacetadas relações sociais. Equivale a dizer: pode a relação jurídica ter como objeto um direito quando a faculdade de atuar é exercitada sobre um bem que, por seu turno, é outra relação jurídica.<sup>11</sup>

O Código Civil, inclusive, admite expressamente a existência de direito sobre direitos, como nos arts. 1.451 (que permite o *penhor sobre direitos*) e 1.395 (reconhecendo a possibilidade de o usufruto recair sobre o crédito).

Acentue-se apenas que, em princípio, apenas os direitos suscetíveis de alienação ou transferência, especialmente na esfera patrimonial, podem ser objeto de relações jurídicas subjetivas.<sup>12</sup> É o exemplo do usufruto de um crédito.

<sup>8</sup> Nesse sentido, colhe-se do escólio autorizado de LEONI LOPES DE OLIVEIRA a precisa afirmação de que “além das coisas materiais que são palpáveis, temos como bens jurídicos coisas imateriais, destacando-se, entre elas, as denominadas prestações” (*Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 392). Igualmente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 404.

<sup>9</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 334.

<sup>10</sup> Na doutrina, merece referência a posição de ORLANDO GOMES. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 202. No direito comparado, identicamente, vem se admitindo tal possibilidade de direitos como objeto de relações jurídicas subjetivas, como se vê, *verbi gratia*, nos arts. 334 e 336 do Código Civil espanhol e no art. 2.800 do Código Civil italiano.

<sup>11</sup> Assim, CAIO MÁRIO. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 405.

<sup>12</sup> Com esse pensamento, LEONI. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 396-397.

Por oportuno, convém salientar que, muito embora os direitos não necessitem, normalmente, estar consubstanciados em um documento representativo para que possam ser exercitados, bastando-lhes a manifestação de vontade, existem alguns direitos que, por sua substância, exigem representação gráfica documental. São os chamados *títulos de crédito*.<sup>13</sup> Embora o tema pertença, precipuamente, ao Direito Comercial (melhor dizendo, ao Direito de Empresa), não se pode olvidar certa importância para o Direito Civil, uma vez que, consubstanciados documentalmente, constituirão *bem móvel*.

O Código Civil cuida dos títulos de crédito<sup>14</sup> nos arts. 887 a 926. Dentre as disposições contidas na lei, importa destacar que o título de crédito somente produz efeito se preencher os requisitos legais (CC, art. 887). Todavia, a omissão de qualquer requisito legal que retire do escrito sua validade não implicará a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem (CC, art. 888).

Ademais, são requisitos dos títulos de crédito: (i) data da emissão; (ii) a indicação precisa dos direitos que são conferidos; (iii) a assinatura do emitente (CC, art. 889). Não contendo data de vencimento, presume-se à vista o título respectivo. O lugar da emissão e de pagamento é o domicílio do emitente, salvo se outro estiver indicado (CC, art. 889, § 2º).

O art. 890 do *Codex*, por seu turno, dispõe serem consideradas não escritas as cláusulas de juros, proibitiva de endosso, excludente de responsabilidade pelo pagamento ou por despesas, dispensando a observância de termos e formalidades prescritas e, finalmente, a que exclua ou restrinja direitos e obrigações, além dos limites fixados em lei.

Por óbvio, a transferência do título de crédito implica a de todos os direitos que lhe são inerentes (CC, art. 893), não sendo admitida a reivindicação do título que se encontra com portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação (CC, art. 896).

Sintetizando o tema, é possível sistematizar o objeto das relações jurídicas subjetivas em: (i) as prestações; (ii) os direitos; e (iii) os bens jurídicos, que, por sua vez, podem ter, ou não, expressão econômica, cabendo ainda uma divisão em materiais e imateriais.

Representando graficamente:

<sup>13</sup> Em clássica página da literatura jurídica, CESARE VIVANTE afirma, com impressionante atualidade, que, “em princípio, não é indispensável a posse de um título para exercer um direito de crédito, nem para o ceder a outrem, mas no comércio moderno existe uma tendência bastante evidente para representar o crédito por um título, a fim de facilitar a sua circulação, e para tornar mais simples e segura sua cobrança” (apud OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 398).

<sup>14</sup> São títulos de crédito no ordenamento jurídico brasileiro: (a) o cheque; (b) a letra de câmbio; (c) o conhecimento de depósito; (d) a nota promissória; (e) a duplicata de serviço e a duplicata comercial; (f) *warrant*; (g) o conhecimento de transporte; (h) os títulos da dívida pública e agrária; (i) os títulos de crédito rural e industrial; (j) as cédulas de produto rural e de crédito bancário; (k) as letras hipotecárias; (l) o bilhete de mercadoria; (m) a cédula pignoratícia de debênture; (n) as ações de sociedade por ações; e (o) as cédulas e notas de crédito à exportação, dentre outros.

<b>Objeto das relações jurídicas</b>	Prestações		
	Direitos	Não econômicos	Materiais
	Bens jurídicos	Econômicos	Imateriais

No que se refere aos direitos potestativos, é válido lembrar que o objeto deles será, sempre, um comportamento do sujeito ativo, através do qual será possível a produtividade de efeitos jurídicos, inclusive sobre esferas jurídicas de terceiros.<sup>15</sup>

## 2 BEM E COISA: DIVERGÊNCIAS E APROXIMAÇÕES

Não é tema pacífico na doutrina a distinção entre *bens* e *coisas*, sendo formuladas as mais diferentes teses para dar suporte a ambos os conceitos. Nessa trilha, ora se afirma que as coisas representam categoria mais ampla, na qual estariam insertos os bens, e noutras oportunidades prefere-se dizer que bem tem conceito lato, abarcando as coisas.

Demonstremos a divergência.

Para SÍLVIO RODRIGUES,<sup>16</sup> coisa é gênero, do qual bem se apresenta como espécie, com supedâneo no fato de que existem coisas que não têm valoração econômica e, por conseguinte, não seria possível considerá-las bens. Assevera o mestre paulista que bens são “coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico”. Com idêntico raciocínio, MARIA HELENA DINIZ<sup>17</sup> e FRANCISCO AMARAL<sup>18</sup> afirmam serem os bens espécies de coisas.

Em outra posição, o notável ORLANDO GOMES propõe o conceito de bem como gênero, enquanto coisa lhe seria espécie. Fundamenta o inesquecível civilista da Terra de Gabriela que a noção conceitual de bem engloba a possibilidade de constituição de direitos sem expressão econômica, enquanto coisa é ideia relativa às utilidades patrimoniais, sendo sempre corpórea.<sup>19</sup> No mesmo diapasão, CAIO MÁRIO assevera que o termo *bem* deve ser entendido como tudo o que agrada ao homem, desde o espetáculo de um pôr-do-sol até uma casa ou uma herança, passando pelo nome e a integridade moral. Dentre esses inúmeros e infinitos bens, alguns são amparados pela ordem jurídica e

<sup>15</sup> Com o mesmo pensar, FRANCISCO AMARAL. *Direito Civil*: introdução, op. cit., p. 308.

<sup>16</sup> Chega mesmo a afirmar o eminente civilista tratar-se “de palavras de extensão diferente, uma sendo espécie da outra. Com efeito, coisa é gênero do qual bem é espécie. A diferença específica está no fato de esta última incluir na sua compreensão a ideia de utilidade e raridade, ou seja, a de ter valor econômico. Coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Assim, o sol, a lua, os animais, os seres inanimados etc.” (*Direito Civil*, op. cit., p. 110 ss).

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 187.

<sup>18</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução, op. cit., p. 309. O ilustre professor dispara, inclusive, que coisa “é tudo que existe no universo e que, sendo útil para a satisfação das necessidades humanas, se torna valioso e, por isso mesmo, objeto de apropriação”.

<sup>19</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 206.

recebem o qualificativo de *bens jurídicos*, podendo possuir natureza patrimonial (economicidade) ou serem inestimáveis economicamente, podendo ambas as categorias serem objeto de direitos. Complementa, então, destacando que alguns dos bens dotados de expressão patrimonial podem ser materiais, caracterizando as *coisas*, que são materiais, enquanto os bens são abstratos.<sup>20</sup> Esclarece, pois, que é o aspecto da *materialidade* a pedra de toque da distinção entre as ideias de coisas e bens.

De fato, assiste razão a essa segunda corrente. Com efeito, coisa apresenta-se como todo objeto material suscetível de valor, enquanto bem assume feição mais ampla. Em outras palavras, existem determinados bens jurídicos que não assumem a feição de coisa, como o direito autoral, a imagem etc.

Com GUSTAVO TEPEDINO, é preciso buscar “um mínimo denominador comum na teoria dos bens”, asseverando “ainda, sem extrapolar o entendimento convergente, que os bens da vida (*Lebensgüter*), quando submetidos à tutela jurídica, originando os bens jurídicos (*Rechtsgüter*), tornam-se ponto de referência objetivo de determinado interesse humano, em relação ao qual corresponde uma situação atribuída ao titular para assegurar-los”. E conclui com habitual coerência: “A coisa, tomada em sentido comum ou empírico, é, conseqüentemente, porção da realidade anterior à qualificação jurídica, por isso mesmo considerada noção pré-jurídica e neutra, constituindo o elemento material do conceito jurídico de bem, este definido, em tema de direitos reais, como coisa em senso jurídico, no âmbito dos objetos matérias suscetíveis de uma medida de valor”.<sup>21</sup>

No direito comparado, essa distinção reconhecendo coisa como espécie do gênero bem, à luz notadamente da materialidade, vem sendo acolhida, como se nota no Código Civil alemão (§ 90) e no argentino (art. 2.311).<sup>22</sup>

Entre nós, o Código Civil de 1916 não estabeleceu os contornos distintivos entre coisas e bens, referindo-se indistintamente a ambos. O Código Civil de 2002, por sua vez, tenta fazê-lo no Livro II da Parte Geral, ao cuidar dos Bens, unificando a terminologia utilizada, referindo-se, com exclusividade, ao vocábulo *bens*, compreendendo os objetos materiais e imateriais. Entretanto, na Parte Especial não manteve o legislador o mesmo preciosismo terminológico, voltando a mencionar o vocábulo *coisa*, como se nota da leitura do art. 1.914, que cuida dos legados, tratando-os por coisa, vindo em seguida, no art. 1.918, a admitir o legado de crédito.<sup>23</sup>

Desfechando com clareza solar a questão, é de se ver que, na realidade, a problemática da conceituação dos termos jurídicos *bens* e *coisas* se prende ao fato de que essas

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 400 ss. Com idêntico pensamento, entendendo, por igual, que bem é gênero do qual coisa é espécie (notadamente caracterizada pela materialidade), consulte-se as obras de LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 389, e de ROBERTO SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 289.

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*, op. cit., p. 89 ss.

<sup>22</sup> Art. 2.311, Código Civil argentino: “Se chamam coisas neste Código os objetos corpóreos suscetíveis de valor”.

<sup>23</sup> Nesse sentido, veja-se INÁCIO CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE, para quem a uniformidade vocabular “não foi obedecida na Parte Especial” do novo Código. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 110.



expressões terminam sendo utilizadas em mais de um sentido, dentro do próprio ordenamento jurídico, como obtempera ROSA MARIA ANDRADE NERY.<sup>24</sup>

### 3 PATRIMÔNIO JURÍDICO

Fixados os (controversos) contornos conceituais da ideia de bens, impende suscitar as noções sobre patrimônio.

Efetivamente, *patrimônio* pode ser compreendido, amplamente, como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativas e passivas) de uma determinada pessoa. Ou seja, é a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel etc.) ou incorpóreos (direitos autorais).

Patrimônio, pois, é expressão de largo espectro, englobando tanto os direitos reais, quanto os direitos pessoais (obrigacionais). Refere-se sempre aos bens apreciáveis economicamente, motivo pelo qual não estão compreendidos no patrimônio os direitos de família puros e os direitos da personalidade, ditos extrapatrimoniais. Evidente a importância dessa ampla conceituação, uma vez que no Código Penal há capítulo específico cuidando de “crimes contra o patrimônio”, exigindo perfeita compreensão da matéria.<sup>25</sup>

A partir dessa noção fundamental, lícito será concluir que a pessoa (natural e jurídica) está caracterizada, também, pela titularidade de um patrimônio. Logo, é imperioso afirmar que o patrimônio representa economicamente a pessoa, vinculando-o, por conseguinte, à personalidade do seu titular, como forma de consubstanciar o respeito à dignidade humana, à honra, à vida, à saúde etc.

Em outras palavras, o patrimônio, aderindo à personalidade do titular, há de se servir como elemento de realce da fundamental dignidade da pessoa humana,<sup>26</sup> afirmada constitucionalmente (art. 1º, III).

Observe-se, inclusive, que, consoante previsão do ordenamento jurídico pátrio, é vedada a doação de todos os bens que compõem o patrimônio de uma pessoa, sem reserva de parte ou renda suficiente para o doador (titular do patrimônio). Assim sendo, reputa-se nula a denominada *doação universal*,<sup>27</sup> que é aquela liberalidade que recai sobre a integralidade do patrimônio do doador, reduzindo-o à miserabilidade e comprometendo a sua própria subsistência (CC, art. 548).

<sup>24</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. “Preservação do direito ao domicílio”, op. cit., p. 53.

<sup>25</sup> A título ilustrativo, lembre-se que a energia elétrica, equiparada a bem móvel em razão de seu indubitável valor econômico, pode ser objeto de furto consoante tipificação do art. 155, § 3º, do Estatuto Repressivo.

<sup>26</sup> Nesse sentido, é imperdível, por todos, a análise procedida pelo eminente Professor paranaense LUIZ EDSON FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., especialmente p. 41 ss.

<sup>27</sup> Colhe-se de passagem jurisprudencial que a intenção do legislador ao vedar a doação inoficiosa foi “garantir a própria sobrevivência do doador, tornando-se dispositivo que supera o mero vício de consentimento, pois atinge o direito indisponível de viver com um mínimo de dignidade” (TJ/RJ, Ac. 9ª Câmara Cív., Ap. Cív. 8364/95, Rel. Des. Joaquim Alves de Brito, m. v., j. 6.10.1998).

Importante registrar que esse conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa forma uma verdadeira *unidade econômica*, mesmo quando oriundas de diferentes fontes. Dessa forma, ainda que se individualize um conjunto de bens no patrimônio de alguém, não se vulnera a unidade deste.<sup>28</sup> É o que se percebe no regime de separação de bens no matrimônio, bem como na garantia real oferecida pelo devedor recaindo sobre um bem específico.

Além disso, há variação da noção de patrimônio, conforme os efeitos jurídicos que se pretende dele extrair. Assim, admitem-se diferentes acepções para a expressão patrimônio: (i) patrimônio global; (ii) patrimônio ativo, que é subdividido em bruto e líquido.

O patrimônio global constitui-se de todas as relações jurídicas de uma pessoa de cunho patrimonial. Inclui-se nessa acepção, portanto, tanto as situações jurídicas em que o sujeito encontra-se no polo ativo, quanto as relações nas quais está no polo passivo. Explicitando: envolvem tanto os direitos, créditos, as coisas, quanto as obrigações e débitos. Sempre, no entanto, as relações susceptíveis de apreciação econômica.

É dessa noção ampla de patrimônio que o ordenamento jurídico se vale para determinar que com a morte do titular o patrimônio global é transmitido, automaticamente, para os sucessores (CC, art. 1.784), conforme o princípio de *saisine*, acolhido pelo Direito brasileiro. Nesse mesmo sentido, afirma-se que “a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido” (CC, art. 1.997), realçando o amplo sentido do termo *patrimônio*.

Já o patrimônio ativo é noção mais estrita, reportando-se somente às situações jurídicas em que o titular assume a posição de credor. Subdivide-se em patrimônio bruto, dizendo respeito a todas as relações jurídicas em que o sujeito está no polo ativo, perfazendo uma verdadeira soma de todos os direitos econômicos de uma pessoa, e patrimônio líquido, resultante da operação aritmética pela qual se subtraem as relações jurídicas passivas do chamado patrimônio bruto. Há interesse jurídico nessa noção, uma vez que o art. 748 do Código de Processo Civil, ao cuidar do instituto jurídico da *insolvência civil*,<sup>29</sup> dispõe que “dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

Não é despendendo, ademais, lembrar a finalidade funcionalizada do patrimônio de servir como garantia dos credores do titular. É que, sendo a massa de direitos de uma determinada pessoa, o patrimônio se vocaciona para garantir o pagamento dos credores, resultando disso que, na falta de cumprimento voluntário das obrigações, permite-se aos credores, com o concurso do Poder Judiciário, penetrar no patrimônio

<sup>28</sup> Assim, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 263.

<sup>29</sup> Sobre a insolvência civil, calha à espécie a lição de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, explicando serem exigidos três requisitos para o seu reconhecimento. “Em primeiro lugar, é preciso que haja um desequilíbrio patrimonial, que se verifica quando os bens do devedor são insuficientes para assegurar a satisfação de todas as suas dívidas (em outras palavras, é preciso que o passivo do devedor seja maior que seu ativo). Este é o chamado requisito econômico. Há, também, um requisito pessoal, qual seja, a condição do devedor de não comerciante. Por fim, há um requisito jurídico, que é a declaração judicial da insolvência” (*Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 313).

do devedor para retirar a quantidade necessária para solvê-las. Veja-se, nessa trilha, a regra erigida no art. 591 do Código de Processo Civil, afirmando que o patrimônio do devedor, atual e futuro, responde pelas suas dívidas.

Todavia, nem todos os bens do devedor poderão ser constrictos judicialmente (penhorados). Alguns bens estão excetuados dessa regra, em razão de sua impenhorabilidade afirmada pelo art. 649 do Código de Ritos<sup>30</sup> e pela Lei nº 8.009/90, em combinação com os arts. 1.711 a 1.722 do Estatuto Civil (o bem de família).

Averbe-se, finalmente, que o patrimônio consiste em uma *universalidade de direitos*, como se extrai do art. 91 do Código Civil: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

É mister registrar, finalmente, a premente necessidade de uma nova compreensão da matéria, vislumbrando o patrimônio em perspectiva humanista, afirmando a sua funcionalização à promoção da dignidade do homem. Assim, urge uma ampliação da ideia de patrimônio para abarcar, não apenas as relações patrimoniais da pessoa, mas, por igual, diferentes outros valores.

Em outras palavras, a tutela jurídica emprestada ao patrimônio não tem outra justificativa, senão a proteção da própria pessoa humana que titulariza aquelas relações jurídicas.

## 4 TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO DA PESSOA HUMANA

Historicamente, o Direito Civil foi enxergado com a ótica da orientação liberal predominante na Revolução Francesa, fulcrando sua base sólida na proteção patrimonial. Exemplo nítido é a proteção à propriedade privada e à obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, sedimentada no velho *pacta sunt servanda*. Quem não lembra da máxima “contratou, tem de cumprir, pois o contrato faz lei entre as partes”.

Com a definição de uma nova tábua axiomática pela Constituição da República de 1988, promovendo ideias sociais, no entanto, impõe-se uma releitura dos institutos clássicos (fundamentais) do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando-os

<sup>30</sup> Afirma o art. 649 do Código de Processo Civil: “São absolutamente impenhoráveis: I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI – o seguro de vida; VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X – até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político”.

para a promoção da *dignidade da pessoa humana* e da *solidariedade social*, além da impositiva *igualdade substancial*, afirmadas constitucionalmente (arts. 1º, III, 3º e 5º). Em outras palavras, vem se empreendendo elevado esforço no sentido de recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio,<sup>31</sup> abandonando o caráter neutro e despreocupado do ordenamento jurídico, para o aproximar da realidade social brasileira.

Em outras palavras, a partir dos novos valores que permeiam a ordem jurídica brasileira, a partir da legalidade constitucional, é imperioso *despatrimonializar* as relações jurídicas, sendo mister afirmar o *ser* sobrepujando o *ter*. Em obra pioneira, dando suporte teórico a essa teoria, o preclaro Professor paranaense LUIZ EDSON FACHIN, um dos mais importantes civilistas da atualidade no mundo inteiro, esclarece que “a *proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências* (de despatrimonialização das relações civis), *posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais*”.<sup>32</sup>

Justifica-se esse posicionamento uma vez que a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a *dignidade da pessoa humana*. Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana.

Enfim, relacionando a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, *funcionalizando* o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana.

É o chamado *mínimo existencial*, revelando um dos aspectos concretos, práticos, da afirmação da dignidade da pessoa humana.

Anuindo a esses argumentos, ROBERTO SENISE LISBOA reconhece “que a liberdade de adquirir bens é relativa e, por vezes, inexistindo para inúmeras pessoas na sociedade, deve-se buscar uma definição de quais bens são indispensáveis para as necessidades básicas das pessoas”. E conclui buscando inspiração em CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, asseverando que “não se pode admitir pessoa humana sem patrimônio”.<sup>33</sup>

Através da teoria do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade.

Exemplos contundentes da proteção ao patrimônio mínimo da pessoa humana podem ser apresentados com a proteção ao *bem de família* (Lei nº 8.009/90 e CC, arts. 1.711 a 1.722), com o *óbice da prodigalidade*, vedada a doação da totalidade do patrimônio, sem

<sup>31</sup> É o pensamento de LUIZ EDSON FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 41.

<sup>32</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 11-12.

<sup>33</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 116.

que se resguarde um mínimo (CC, art. 548) e com a previsão da *impenhorabilidade de determinados bens* (CPC, arts. 648 e 649), reconhecendo como necessária a preservação de um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

Forçoso afirmar, ainda, que esse reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode estar limitado à situação econômica ou social do titular. Trata-se de conceito universal, devendo ser funcionalizado a cada caso, protegendo cada uma das pessoas humanas para que venha a desempenhar suas atividades dignamente. É possível sofrer variação, portanto, de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular. De fato, o conceito de dignidade humana não é estanque, imutável, devendo ser talhado na concretude, buscando dinâmica nos fatos reais que tocam a cada pessoa. Já se teve mesmo a oportunidade de afirmar, em sede jurisprudencial, que “o conceito de vida digna é subjetivo, todavia deve ser apreciado no contexto em que ela é exercida, considerando-se o padrão social do devedor” (TJ/SC, Agr. Instr. 96.0026707-0 – Comarca de Criciúma, Ac. 1ª Câm. Cív., Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 5.11.1996).

Nessa ordem de ideias é que se propõe não poder o patrimônio ser um fim em si mesmo, exigida uma funcionalização do mínimo essencial para a proteção da pessoa humana que o estiver titularizando. Em sendo assim, esse mínimo não tem cifra mensurável,<sup>34</sup> dependendo do caso concreto para ser delimitado.

É preciso alertar para o fato de que o eventual rol de exemplos não é exauriente, dependendo do caso concreto para que seja delimitada a extensão do patrimônio mínimo da pessoa humana, a partir da colisão entre valores patrimoniais destinados à garantia do crédito e valores patrimoniais vocacionados à proteção das situações existenciais, exigindo importante atuação interpretativa e construtiva.<sup>35</sup>

Independentemente de soluções apriorísticas, impõe-se ao juiz, em cada caso concreto, considerar se a proteção do sistema jurídico deve ser dedicada ao patrimônio do devedor (especificamente, ao *patrimônio mínimo necessário para viver dignamente*) ou o direito apresentado pelo credor, harmonizando as garantias constitucionais. Até porque não se pode olvidar que o credor também merece ver respeitada a sua dignidade. Por isso, poderá o magistrado, casuisticamente, autorizar a penhora de bens que, em linha de princípio, estariam protegidos, por exceder o necessário a viver dignamente (aqui serve o exemplo de um suntuoso bem do devedor), garantindo um mínimo de dignidade ao devedor e atendendo ao crédito da outra parte. E, por igual, poderá também proteger bens que, no texto frio e expresso da lei, seriam penhoráveis, mas que tocam à dignidade do devedor. Podemos lembrar o exemplo da cadeira de rodas de uma pessoa com deficiência ou um instrumento musical de um devedor que está estudando música para se profissionalizar.

Ou seja, impõe-se ao magistrado analisar a conveniência, razoabilidade e cabimento de cada penhora, ponderando os interesses em jogo, de modo a garantir a responsabilização

<sup>34</sup> É o que propõe LUIZ EDSON FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 300.

<sup>35</sup> A ideia é provocada de forma instigante por GUSTAVO TEPEDINO no prefácio da obra de LUIZ EDSON FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., s/p.

patrimonial do devedor, sem sacrificar, no entanto, a sua dignidade. Já há, inclusive, precedente de extrema importância em nossa jurisprudência:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA QUE RECAI SOBRE UM APARELHO DE TELEVISÃO 20 POLEGADAS E UMA MÁQUINA DE LAVAR ROUPAS. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. 1. *A possibilidade de constrição deve ser analisada caso a caso, cotejando-se o princípio da responsabilidade patrimonial e a necessidade de se preservar o mínimo existencial*, que abrange inclusive o conforto mínimo e o acesso ao lazer da família do devedor. 2. Hipótese em que a venda de tais bens, a despeito de elevado prejuízo ao executado, não cobriria de forma substancial o débito, não alcançando 30% do valor exequendo” (Primeira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do TJ/RS, Recurso Cível nº 71001892470 – Comarca de Novo Hamburgo, Rel. Juíza Vivian Cristina Angonese Spengler, j. 30.4.2009).

## 5 CLASSIFICAÇÃO

### 5.1 Generalidades

A classificação dos bens vem a ser operação lógica, tendo por finalidade facilitar a compreensão do instituto, agrupando várias e diferentes espécies, aproximando as que têm elementos comuns.

Há de se reconhecer inegável interesse prático na classificação dos bens, especialmente para os operadores do Direito, em razão da necessária identificação das disposições que deverão reger as relações negociais patrimoniais e a própria tutela de cada uma das categorias de bens jurídicos.<sup>36</sup>

Adotou o Código Civil brasileiro os seguintes critérios para classificar os bens:

- i) *bens considerados em si mesmos* (móveis ou imóveis, CC, arts. 79 a 84; fungíveis ou infungíveis, CC, art. 85; consumíveis ou inconsumíveis, CC, art. 86; divisíveis ou indivisíveis, CC, arts. 87 e 88; e singulares ou coletivos, CC, arts. 89 a 91);
- ii) *bens reciprocamente considerados* (principais ou acessórios, CC, arts. 92 a 97);
- iii) *bens considerados em relação ao sujeito* (públicos ou privados, CC, arts. 98 a 103).

Percebe-se que a nova classificação adotada pela Codificação elimina os critérios relacionados às coisas de comércio e coisas fora do comércio, bem como o bem de família, cuja disciplina foi transferida para o título relativo ao direito patrimonial no campo do Direito das Famílias (arts. 1.711 a 1.722).<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Assim, RENAN LOTUFO. *Curso Avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 181.

<sup>37</sup> Nesse particular, o Código Civil vigente atendeu a antigas reivindicações doutrinárias. Censurando a colocação topológica do bem de família na Parte Geral, entendendo cuidar de relações jurídicas específicas de família, veja-se WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 170.



De qualquer modo, com propósitos didáticos e visando não deixar esconso nenhum aspecto relativo à matéria, tratar-se-á, ainda, da classificação dos bens quanto à suscetibilidade de negociação, classificando-os em *bens no comércio* e *bens fora do comércio*, também chamados de *bens insuscetíveis de negociação*, onde está inserido o bem de família.

Outrossim, é importante fazer menção a um critério não contemplado no Código Civil, relativo à classificação dos bens em corpóreos e não corpóreos, em virtude de sua importância prática para a compreensão do assunto. Tal critério é enquadrável na classificação dos bens considerados em si mesmos.

Registre-se, oportunamente, a crítica disparada por LIMONGI FRANÇA, dirigida ao Código de 1916, mas perfeitamente aplicável à nova Codificação, no sentido de que houve lamentável equívoco do legislador ao tratar conjuntamente os conceitos de bens fungíveis e consumíveis e por esquecer de tratar da tangibilidade dos bens.<sup>38</sup>

Por oportuno, advirta-se que nem sempre o conceito jurídico de bem oriundo de sua classificação corresponderá à sua concepção naturalística. Isto é, a sua condição natural pode não influenciar a sua classificação jurídica.

Vamos, então, à classificação dos bens jurídicos.

## 5.2 Bens corpóreos e incorpóreos

Muito embora não esteja prevista a classificação dos bens em corpóreos e incorpóreos no Código Civil de 1916, nem tampouco no *Codex* de 2002, dúvida inexistente quanto à sua grande importância prática.

*Corpóreos* são os bens que têm existência material, perceptível pelos sentidos humanos, como uma casa, um livro, um relógio. Já os bens *incorpóreos* não têm existência materializável, sendo abstratos, de visualização ideal.<sup>39</sup> Estes existem fictamente, através de disciplina jurídica, podendo se exemplificar com o direito autoral.

A distinção gera consequências relevantes, uma vez que os bens incorpóreos não contam com tutela possessória, nos termos da Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o entendimento cimentado pela jurisprudência superior, “é inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral”, deixando antever que a proteção dos direitos incorpóreos é realizada através de ação indenizatória, obviamente com a possibilidade de apoio nas medidas que caracterizam a tutela específica (CPC, art. 461, e CDC, art. 84), permitindo, dentre outras hipóteses, a fixação de multa pelo juiz, inclusive de ofício, para a hipótese de o réu não atender ao comando decisório.

Via de consequência, merece referência o fato de que os bens incorpóreos, inadmitindo apreensão material (posse), não são suscetíveis de aquisição pela usucapião,<sup>40</sup> nem tampouco objeto de tradição, uma vez que não admitem apreensão material.

<sup>38</sup> FRANÇA, Limongi. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 181.

<sup>39</sup> Nessa esteira, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 265.

<sup>40</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, entretanto, o usucapião de linha telefônica, por se tratar de direito exercido sobre a coisa. Ilustrativamente, vale trazer à colação: “A jurisprudência do STJ acolhe entendimento haurido na doutrina no sentido de que o direito de utilização de linha telefônica,

### 5.3 Bens móveis e imóveis

Prendendo-se à concepção natural dos bens, o critério classificatório adotado pela legislação pátria remonta à Antiguidade (*Digesto*), quando se prestigiava o imóvel, relegando o móvel ao segundo plano. Constitui, sem dúvida, o mais relevante critério classificatório, por conta dos efeitos concretos decorrentes.

É possível afirmar como consequências práticas da distinção que:

- i) os bens imóveis só podem ser adquiridos por escritura pública registrada no Cartório de Imóveis, enquanto os móveis o são pela tradição (efetiva entrega da coisa);
- ii) os prazos para a aquisição dos bens imóveis pela usucapião são mais dilatados (15, 10 ou 5 anos) do que os prazos usucaptivos dos móveis (5 ou 3 anos);
- iii) os imóveis de incapazes não podem ser alienados ou gravados com ônus reais pelos representantes ou assistentes sem autorização judicial, ouvido o Ministério Público;
- iv) a alienação ou a oneração dos bens imóveis por pessoas casadas, ao contrário dos móveis, independentemente do seu valor, exige outorga (consentimento) do cônjuge, exceto quando o regime de bens do casamento for a separação convencional de bens<sup>41</sup> ou a participação final nos aquestos, neste último se o pacto antenupcial (contrato pré-nupcial regulando os efeitos econômicos do matrimônio) permitir, expressamente, a alienação ou oneração de bens independente do consentimento do outro,<sup>42</sup> sendo inaplicável tal exigência na união estável, por se tratar de relação puramente fática;
- v) enquanto os bens imóveis prestam-se ao comodato, os móveis podem ser objeto de mútuo;
- vi) a hipoteca é garantia real, de regra, destinada aos bens imóveis, ao contrário do penhor, que é garantia real dos móveis;
- vii) no âmbito processual, as ações reais imobiliárias (é o exemplo da ação reivindicatória sobre imóvel ou da ação de petição de herança) exigem a citação de ambos os cônjuges, quando réus, ou a formação de um litisconsórcio ativo, quando autores (CPC, art. 10, parágrafo único);
- viii) na seara do Direito Penal, os crimes de furto e roubo (CP, arts. 155 e 157) somente podem ter como objeto bens móveis.

que se exerce sobre a coisa, cuja tradição se efetivou, se apresenta como daqueles que ensejam extinção por desuso e, por consequência, sua aquisição pela posse durante o tempo que a lei prevê como suficiente para usucapir (prescrição aquisitiva da propriedade)” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 41.611/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 25.4.1994, DJU 30.5.1994, p. 13.481).

<sup>41</sup> O art. 1.647 do *Codex* dispõe, em seu *caput*, que “ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III – prestar fiança ou aval; IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação”.

<sup>42</sup> O vício que macula a alienação ou oneração de bens imóveis sem o consentimento do cônjuge é a anulabilidade, como se infere da leitura do art. 1.649 do Código Civil, disponibilizando o prazo de dois anos para ser pleiteada a anulação.

Percebe-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro ainda patrocina a ideia de que os bens imóveis possuem valor jurídico superior aos móveis. Em épocas atuais, entretanto, não se justifica tal posicionamento, especialmente quando se percebe que inúmeros bens móveis superam, e muito, o valor econômico e social de alguns imóveis, como valores mobiliários (ações de importantes empresas), o capital social, títulos de crédito, sofisticados veículos etc. É preciso, nesse particular, aproximar a ciência jurídica da realidade social, de modo a proteger, exemplificativamente, os bens móveis do patrimônio da pessoa casada.

Convém salientar, ademais, que o bem de família, desde o advento da Lei nº 8.009/90 (o que se confirmou com o Código Civil em vigor), pode ter como objeto bens móveis e imóveis, diferentemente do tratamento que antes lhe era emprestado.

*Bens imóveis*, também denominados *bens de raiz*, são aqueles que “não se podem transportar, sem destruição, de um lugar para outro, ou seja, são os que não podem ser removidos sem alteração de sua substância”, como salienta MARIA HELENA DINIZ.<sup>43</sup> Importante notar que esse conceito não engloba os imóveis por disposição legal (aqueles que ganham tal característica por previsão legislativa), que surgirão a partir de verdadeira criação jurídica.

Afirma o art. 79 da Lei Civil serem *bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente*, vindo, logo em seguida, o art. 80 a completar o conceito com os bens imóveis por determinação legal.

A partir dessas ideias, é possível classificar os bens imóveis da seguinte forma:

- i) *por sua natureza*, referindo-se ao solo, com sua superfície, subsolo e espaço aéreo, uma vez que, a rigor, tudo o que vier a ser aderido ao solo será considerado acessão. Vale lembrar que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e do seu subsolo, sofrendo limitações ao seu exercício impostas pelo art. 1.230 do *Codex* e pelo art. 176, §§ 1º a 4º, da Constituição da República;
- ii) *por acessão artificial, física ou industrial*, incluindo-se tudo aquilo que o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada e o edifício construído, não podendo ser retirado sem causar-lhe destruição, modificação, dano ou fratura. São, basicamente, as construções e plantações. Não se enquadram aqui, todavia, as construções provisórias ou temporárias, destinadas à sua breve remoção, como *stands* em feiras e exposições, circos e parques de diversão;<sup>44</sup>
- iii) *por acessão natural*, compreendendo as árvores e frutos, bem como os acessórios e adjacências naturais. Enfim, é tudo aquilo que se prende naturalmente ao solo;
- iv) *por disposição legal*, que, em conformidade com o art. 80 do Código Civil (e a Súmula 329 do Supremo Tribunal Federal), são os imóveis considerados para efeitos legais, englobando *os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram* (por exemplo, as servidões prediais) e *o direito à sucessão aberta* (CC, art. 1.784). São tratados como imóveis para conferir maior proteção jurídica. Por isso, a

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*, op. cit., p. 91.

<sup>44</sup> Também com esse sentir, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 85.

propositura de ação negatória, com o fito de obter declaração judicial de inexistência de uma servidão predial, contra réu casado, exige a formação de um litisconsórcio passivo necessário (CPC, arts. 10, § 2º, e 46), bem como a cessão de direitos hereditários exigirá escritura pública e registro no Cartório de Imóveis, por tratar a herança de bem imóvel.<sup>45</sup>

Não há na Codificação referência aos *bens imóveis por acessão intelectual* (ou *por destinação do proprietário*), antes tratados no art. 43, III, do Código Civil de 1916, referindo-se àquilo que poderia ser mantido intencionalmente no imóvel para sua exploração, aforoseamento ou comodidade, como o trator na fazenda, os equipamentos de indústria e os aparelhos de ar-condicionado. A legislação de 2002, a partir de outro prisma, optou por acolher os referidos bens no conceito de pertenças, conforme será visto adiante.

Outra, inclusive, não foi a conclusão a que se chegou na Jornada de Direito Civil, cimentando no Enunciado 11 o entendimento de que “não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão *tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente*, constante da parte final do art. 79 do Código Civil”.

Preocupou-se o codificador em estabelecer regra (CC, art. 81) pela qual não perdem o caráter de bens imóveis, dada a provisoriedade da separação, as *edificações que, separadas do solo, conservarem sua unidade, sendo removidas para outro local* e os *materiais provisoriamente separados de um prédio para nele se reempregarem* (é o exemplo das instalações metálicas ou portas).

Note-se, ainda, que as apólices da dívida pública oneradas com cláusula de inalienabilidade que, por força do inciso II, do art. 44, do Código Civil de 1916, eram consideradas imóveis por determinação legal, agora, diante do Código Civil de 2002, se submetem ao tratamento dos bens móveis.<sup>46</sup>

Já o art. 82 da Lei Civil indica como *móveis* aqueles “susceptíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”, abarcando tanto os *móveis propriamente ditos* (as moedas, por exemplo), quanto os *semoventes* (os animais). São, destarte, aqueles que admitem deslocamento sem alteração de sua substância ou estrutura.

Os bens móveis podem ser subdivididos em:

- i) *móveis pela própria natureza*, dizendo respeito aos bens que se deslocam de um lugar para outro sem perder sua substância, em razão de sua própria estrutura, como os navios e aeronaves,<sup>47</sup> além dos automóveis;

<sup>45</sup> INÁCIO CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE, em semelhante raciocínio, esclarecem, corretamente, que “por ser considerado imóvel o direito à sucessão aberta, a *renúncia à herança exige instrumento público*”, concluindo que somente “com a partilha, os bens são considerados individualmente, perdendo o caráter de imobilidade”. Cf. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 112.

<sup>46</sup> Com esse pensamento, CARVALHO NETO e FUGIE. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 111.

<sup>47</sup> Vale ressaltar que o art. 1.473 do Código de 2002 considera os navios e aeronaves bens imóveis para fins, exclusivamente, de hipoteca, confirmando regra que estava antes esculpida no art. 810, VII, do Código de 1916 e no art. 138 da Lei nº 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica.

- ii) *móveis por disposição legal*, assim considerados aqueles relacionados no art. 83 do Código de 2002 (as energias que tenham valor econômico,<sup>48</sup> os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações);
- iii) *móveis por antecipação*, fazendo referência àqueles bens que, embora imóveis pela sua natureza, foram mobilizados pela vontade humana, em face de sua função econômica. É o exemplo das árvores convertidas em lenha e dos frutos separados antecipadamente. A vontade humana é o traço referencial dessa espécie de bem, atuando no sentido de buscar uma finalidade econômica, como se pode perceber no eloquente exemplo de uma safra ainda não colhida. A esse respeito, vale trazer a lume interessante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância da classificação ao deliberar que uma safra de frutos naturais, ainda que não destacados do bem principal, é reputada bem móvel: “A venda de frutos, de molde a manifestar o intuito de separação do objeto da venda em relação ao solo a que adere, impõe a consideração de que tais coisas tenham sido, pela manifestação de vontade das partes contratantes, antecipadamente mobilizadas” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., AgRgAg 1747406/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 25.8.1998, DJU 23.11.1998, p. 177).

Embora a Codificação não faça menção, os direitos autorais continuam sendo bens móveis, a teor do que estabelece o art. 3º da Lei nº 9.610/98.

Lembre-se, por derradeiro, que são considerados bens móveis os materiais destinados a uma construção (porta, janela, grade etc.), enquanto não utilizados, bem assim como os materiais decorrentes de uma demolição de prédio, como reza o art. 84 da Codificação. Na primeira hipótese (ainda não empregados na construção), são considerados móveis por ainda não terem sido incorporados a um imóvel, enquanto no segundo caso (resultado de demolição) readquirem a qualidade mobiliária por não mais terem serventia para um bem imóvel.

## 5.4 Bens fungíveis e infungíveis

A distinção dos bens em fungíveis e infungíveis diz respeito à possibilidade de sua substituição.<sup>49</sup>

*Fungíveis* são os bens susceptíveis de substituição por outro de mesma espécie, qualidade e quantidade, determinados por número, peso ou medidas. Exemplo típico é o dinheiro. A fungibilidade é própria dos móveis, sendo resultado de comparação entre coisas equivalentes.

<sup>48</sup> Ao considerar bem móvel as energias que tenham valor econômico, o novo Código veio encontrar a doutrina, que já se manifestava de há muito nesse sentido (*vide*, por todos, CAIO MÁRIO, sustentando que hodiernamente qualquer energia natural, aqui encartada a energia elétrica, é reputado bem móvel. Cf. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 423), e da legislação penal que já tipificava o furto de energia elétrica no art. 155, § 3º, Código Penal, estabelecendo que “equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”.

<sup>49</sup> Assim, MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO. “Dos bens”, op. cit., p. 158, e RENAN LOTUFO. *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 187.

São *infungíveis*, por sua vez, os bens insusceptíveis de substituição por outro de igual qualidade, quantidade e espécie, como no exemplo de um quadro de Portinari. Em razão de sua qualidade individual, possuem valor especial, inadmitindo, por conseguinte, substituição sem que isso modifique seu conteúdo. A infungibilidade, pois, pode apresentar-se tanto em bens móveis, quanto nos imóveis.

A fungibilidade, ou não, de determinado bem, portanto, resulta de sua individuação. Nada obsta, entretanto, que a vontade das partes venha a tornar infungíveis certas coisas fungíveis. Isto é, a intervenção humana poderá ser critério determinante da classificação dos bens. Exemplo eloquente é a cesta de flores de um cerimonial utilizada para ornamentação ou um livro autografado pelo autor.

Dessas noções fundamentais, decorrem importantes efeitos, que podem assim ser sintetizados: (i) o mútuo é empréstimo de coisa fungível, enquanto o comodato diz respeito a um empréstimo de bem infungível<sup>50</sup> (CC, arts. 586 e 579); (ii) a compensação (CC, art. 369) somente pode ser efetuada entre dívidas líquidas, vencidas e fungíveis; (iii) o credor de coisa infungível não pode ser obrigado a aceitar outra, ainda que de valor superior (CC, art. 313); (iv) o contrato de locação de coisas e o de usufruto têm como objeto coisas infungíveis (CC, art. 565); (v) o depósito de coisas fungíveis é regulado como mútuo (CC, art. 645).

Emprega-se a fungibilidade, ainda em Direito Civil, em relação às obrigações de fazer e não fazer, distinguindo aquelas que só podem ser cumpridas pelo próprio devedor (infungíveis) de outras espécies de obrigações que podem ser realizadas por outra pessoa (fungíveis). No evidente exemplo da pintura de uma parede (obrigação fungível) e da pintura de um quadro específico por um famoso artista plástico (obrigação infungível), é possível enxergar a distinção.

No campo do Direito Processual, também se admite a fungibilidade, admitindo-se, em certas hipóteses, a substituição da medida própria e tecnicamente adequada por outra. Em sede processual, aplica-se o princípio da fungibilidade nas medidas cautelares (CPC, art. 805) e nas tutelas antecipatórias (CPC, art. 273, § 7º), nas ações possessórias (CPC, art. 920) e nos recursos.<sup>51</sup>

## 5.5 Bens consumíveis e inconsumíveis

Na mesma seção em que cuida dos bens fungíveis, distingue a lei os bens consumíveis e inconsumíveis (CC, art. 86). *Consumíveis* são os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância. É a chamada *consumibilidade natural* ou *consumibilidade de fato*, de que são exemplos os gêneros alimentícios. Os *inconsumíveis*, por

<sup>50</sup> Excepcionalmente, admite-se o comodato de coisa fungível, como no empréstimo para exposição, impondo-se a restituição do próprio bem. É o chamado *comodatum ad pompae vel ostentationes causa*.

<sup>51</sup> NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY sustentam, acertadamente, o cabimento da fungibilidade entre as ações demolitória e de nunciação de obra nova, ao argumento de que é perfeitamente admissível a conversão entre elas, em razão da idêntica pretensão de direito material. Cf. *Código de Processo Civil Comentado*, op. cit., p. 1.295. Admitindo a conversão, TJ/SP, Agr. Instr. 127011, Rel. Des. Prado Rossi, j. 23.2.1988.



seu turno, são os bens que admitem uso constante, possibilitando que se retirem todas as suas utilidades sem atingir sua integridade, como um livro.

Logo, os consumíveis perdem a substância com o primeiro uso, enquanto os inconsumíveis não se exaurem no primeiro uso.

Admite-se, ainda, que seja considerada consumível uma coisa por estar destinada à alienação. É o que a doutrina denomina *consuntibilidade jurídica* ou *consumibilidade de direito*. Cite-se como exemplo a roupa colocada à venda na loja, pois a aquisição pelo consumidor vai implicar o esaurimento de sua finalidade. A parte final do art. 86 da Lei Civil contempla essa hipótese. Veja-se, nesse passo, que a consuntibilidade decorre da destinação econômica e jurídica do bem.

Nesse particular, CARLOS ROBERTO GONÇALVES explica poder “o bem consumível de fato tornar-se inconsumível pela *vontade das partes*, como um comestível ou uma garrafa de bebida rara emprestados para uma exposição (comodato *ad pompam vel ostentationem*), que devem ser devolvidos”.<sup>52</sup>

Não se olvide, ainda, a possibilidade de a vontade humana tornar inconsumível uma coisa que, pela sua natureza, seria consumível, como, *exempli gratia*, a exposição de bebidas ou gêneros alimentícios.

É preciso salientar que a consuntibilidade não gera, necessariamente, fungibilidade e vice-versa. Admite-se, pois, que um determinado bem seja consumível e infungível, como um manuscrito raro de uma obra famosa posto à venda. Nessa trilha, MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO é esclarecedor ao afirmar que, “embora os bens fungíveis sejam normalmente consumíveis, os conceitos de fungibilidade e consumibilidade não se confundem. Aquele tem em vista, como dito, uma ideia de relação entre bens, diz respeito à possibilidade de sua substituição, ao passo que este leva em conta a destinação do bem”.<sup>53</sup>

Merece referência o fato de que determinadas relações jurídicas não podem recair sobre bens consumíveis, como o usufruto, em face da necessidade de restituição. Quando o usufruto tiver por objeto bem consumível, vem se denominando “quase-usufruto” ou “usufruto impróprio”.<sup>54</sup>

## 5.6 Bens divisíveis e indivisíveis

A divisibilidade é própria de todos os corpos, admitindo-se, fisicamente, o fracionamento das coisas até a partícula do átomo. Juridicamente, no entanto, a divisibilidade, ou não, de uma coisa decorre de um critério utilitarista, ou seja, da manutenção do seu valor econômico proporcionalmente às coisas divididas.

<sup>52</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 253.

<sup>53</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. “Dos bens”, op. cit., p. 160.

<sup>54</sup> Giza o art. 1.392, § 1º, da Codificação que nesse caso (de o usufruto recair sobre bem consumível) o usufrutuário fica obrigado a restituir, findo o usufruto, os bens que ainda existirem e o equivalente em gênero, qualidade e quantidade dos que não mais existirem, ou ainda, não sendo possível, o valor em dinheiro, estimado ao tempo da restituição.

Preleciona MARIA HELENA DINIZ serem *divisíveis* os bens possíveis de fracionamento “em partes homogêneas e distintas, sem alteração das qualidades essenciais do todo, sem desvalorização, e sem prejuízo do uso a que se destinam, formando um todo perfeito”.<sup>55</sup> Todas as coisas exprimíveis por quantidade são, em princípio, divisíveis, como uma saca de café ou de feijão, dès que não percam a expressão econômica.

A desvalorização econômica, pois, obsta à divisibilidade da coisa. Nesse caminho, observe-se que, diferente do Código anterior, a Lei de 2002, no art. 87, ressalta a preocupação econômica, ao dispor que a diminuição considerável do valor da coisa impede a sua divisibilidade.

*Indivisíveis*, por outro turno, serão as coisas que não se pode fracionar sem alterar a substância ou diminuir-lhe consideravelmente o valor, como um livro, nos termos do art. 88 da Codificação.

A indivisibilidade pode decorrer de diferentes origens:

- i) *por natureza*, quando a impossibilidade de fracionamento advém da substância da coisa, como no exemplo de um animal;
- ii) *por determinação legal*, nas hipóteses em que a lei determina a indivisibilidade. Veja-se, nesse sentido, o art. 1.386 da Codificação indicando que as servidões prediais são indivisíveis em relação ao prédio serviente. Também o art. 65 do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) reconhece o imóvel rural como insuscetível de divisão em frações de dimensão inferior a um módulo rural;
- iii) *por vontade das partes*, que ocorre quando as partes pactuam a indivisibilidade, embora a coisa seja, por natureza, divisível. É o exemplo das obrigações em dinheiro, quando as partes, no contrato, estabelecem o pagamento em uma só parcela.

A importância da distinção centra-se na possibilidade de cumprimento parcial das obrigações divisíveis ao contrário das indivisíveis (CC, art. 259). Outrossim, na extinção do condomínio, se divisível o bem comum, será feita uma divisão, entregando a cada condômino seu quinhão. Ainda quanto ao condomínio em coisa indivisível, o art. 504, parágrafo único, do Código Substantivo, impede que o condômino aliene a sua parte a estranhos, se outro comunheiro a quiser, tanto por tanto.

## 5.7 Bens singulares e coletivos

Apesar da crítica de parcela da doutrina,<sup>56</sup> o Código Civil mantém a classificação dos bens em singulares e coletivos.

São *singulares* as coisas que, embora reunidas, devem ser consideradas individualmente, independentemente das demais que a compõem (CC, art. 89). Enfim, são consideradas em sua individualidade.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 290.

<sup>56</sup> Entendendo ser de nenhum interesse prático a classificação, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 432.

Podem ser:

- i) *simples*, referindo-se àqueles bens que formam um todo homogêneo, cujas partes, unidas pela natureza ou pelo engenho humano, não precisam de determinação de lei, podendo-se exemplificar com um animal. Aqui a coesão é natural.
- ii) *compostas*, que são aquelas coisas formadas pela junção de coisas simples que, em consequência, perdem autonomia. As coisas reunidas podem ser de ordem material (no exemplo da construção de um edifício) ou imaterial (como o fundo de comércio). Trata-se de coesão artificial.

Já os bens *coletivos* ou *universais* são aqueles agregados a um conjunto, constituídos por várias coisas singulares, passando a formar um todo único, possuidor de individualidade própria, distinta de seus componentes (CC, art. 90).

O exemplo da árvore (singular simples) e da floresta (coletivo) bem ilustra a questão.

Os bens coletivos são subdivididos em:

- i) *universalidades de fato* (*universitas facti*), referindo-se ao conjunto de bens singulares, corpóreos e homogêneos, ligados pela vontade humana para a consecução de um fim, exemplificando-se com uma biblioteca ou uma galeria de quadros. Não há de se confundir com as coisas singulares compostas, em razão da autonomia das coisas que formam a universalidade de fato;
- ii) *universalidades de direito* (*universitas juris*), relativamente aos bens singulares corpóreos ou incorpóreos, aos quais a norma jurídica dá unidade. É o caso do patrimônio, da herança<sup>57</sup> e da massa falida.

Vale a ressalva de que, distintamente do sistema italiano, o ordenamento brasileiro não repôs as universalidades, fáticas e jurídicas, aos bens móveis, também podendo dizer respeito a bens imóveis. Bastaria imaginar a herança, que é uma universalidade de direito *imóvel*, como determinado pelo art. 80 do Código Reale.

Outrossim, as universalidades não são bens distintos, diferenciados, das unidades que as compõem. Em verdade, as universalidades são as próprias unidades que lhe dão forma, vistas pela perspectiva da destinação unitária em conjunto.

## 5.8 Bens principais e acessórios

Bem *principal* é aquele que tem existência própria, concreta ou abstrata (CC, art. 92). É aquele que existe por si, exercendo sua função e finalidade, independentemente de outro, como o solo e o crédito.

Já o bem *acessório* não tem existência própria, dependendo de um outro bem – que é o principal. A árvore, que depende do solo, e os juros, que estão subordinados ao crédito, são exemplos evidentes.

<sup>57</sup> De forma explicativa, o art. 57 do Código Civil de 1916 dispunha que “o patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais”.

Estabelece a acessoriedade a ideia de subordinação, dependência, como pontifica MARIA HELENA DINIZ,<sup>58</sup> buscando fundamentos em WINDSCHEID e FERRARA. É por isso que, corretamente, o Código Civil de 1916, adotando o *princípio da gravitação jurídica*, continha norma expressa nesse sentido (art. 59), dispondo que “a coisa acessória segue a principal, salvo disposição especial em contrário”. Logo, o acessório *tem mesma natureza do principal, o segue e pertence, em regra, ao proprietário da principal*.<sup>59</sup> Exemplificando com as acessões, os proprietários ribeirinhos adquirem propriedade da ilha que se forma no rio divisório, porque, sendo donos do principal, serão do acessório (CC, art. 1.248, V). Também serve de exemplo o fato de que a cessão de um crédito abrange, salvo disposição contrária, todos os acessórios, como juros etc.

Uma inovação trazida pelo *Codex* é a adoção, em seu art. 93, do conceito de *pertenças*. A partir da inteligência legal, as pertenças, que não se confundem com os acessórios, são os bens que, não constituindo partes integrantes, destinam-se, de modo duradouro, ao uso, ao serviço, ou ao aformoseamento de outro. Com ORLANDO GOMES, as pertenças são as coisas “destinadas a conservar ou facilitar o uso das coisas principais, sem que destas sejam parte integrante”.<sup>60</sup> É o caso do aparelho de ar-condicionado em uma casa e das máquinas utilizadas em uma fábrica.

PONTES DE MIRANDA<sup>61</sup> aponta quatro pressupostos para a caracterização da relação de pertinencialidade: (i) que a coisa principal exista; (ii) seja determinada individualmente; (iii) que a pertença seja utilizada para o fim da coisa principal; (iv) que o uso do tráfico (negócio, comércio) considere que pode haver pertença.

Distintamente das pertenças, as *partes integrantes* são bens que se unem ao principal, formando um todo, uma massa única, desprovidas de existência material própria, embora mantenham sua utilidade.<sup>62</sup>

Esclareça-se: em que pese terem em comum o fato de haver relações de subordinação a um bem principal, as pertenças e as partes integrantes não se confundem, pois enquanto aquelas estão a serviço da finalidade econômica de outro bem, mantendo a sua individualidade e autonomia, estes se incorporam a uma coisa, completando-a e tornando possível o seu uso. Exemplos: enquanto a lâmpada de um abajur, os pneus de um automóvel e as telhas de uma casa são partes integrantes, os tapetes de um prédio, o ar-condicionado instalado e os maquinários agrícolas caracterizam-se como pertenças.

Outrossim, é de se explicitar que as pertenças não constituem bens acessórios, não seguindo a regra da gravitação jurídica. Por isso, ao ser adquirido um apartamento, não

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 294.

<sup>59</sup> É o acolhimento da parêmia *accessorium sequitur suum principale*.

<sup>60</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 234. INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE lembram que pertença é expressão oriunda do latim *pertinere*, possuindo o sentido de pertencer a, fazer parte de, o que denota o seu nítido caráter acessório. Cf. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 122.

<sup>61</sup> Apud CALIXTO, MARCELO JUNQUEIRA. “Dos bens”, op. cit., p. 168.

<sup>62</sup> Com apoio na lição dos alemães, ORLANDO GOMES aponta como requisitos das partes integrantes a existência de conexão material permitindo a configuração como uma coisa e que o todo formado seja único. Cf. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 219.

se presume incluído no preço o aparelho de ar-condicionado. Tampouco a aquisição de um automóvel faz presumir que o adquirente tem direito ao aparelho de som. Também as partes integrantes não são acessórios, pois constituem elementos componentes do próprio bem principal.

É de se concluir, então, que a legislação civil cuida das pertenças, das partes integrantes e dos bens acessórios com autonomia, dedicando a cada espécie regras próprias, a partir de sua destinação, não havendo relação de gênero e espécie.<sup>63</sup>

Para corroborar essa posição, mais uma vez, vale invocar o esclarecedor escólio de MARCELO JUNQUEIRA CALIXTO: “Temos então que o Código determina a ocorrência de três situações jurídicas, *uma para as partes integrantes, outra para as pertenças e outra para os bens acessórios. As primeiras* (partes integrantes) *estão irremediavelmente ligadas ao bem, não sendo objeto de relações jurídicas próprias*, salvo a exceção do art. 95. *As segundas* (pertenças) *podem ser destacadas do bem principal, podendo, portanto, ser objeto de relações jurídicas próprias, sendo que, como regra, não seguem a sorte do bem principal*. Os bens acessórios, entendidos como aqueles que não se enquadram no conceito de partes integrantes nem no de pertença (exemplo é o fruto percebido e não empregado na destinação econômica do principal), podem ser objeto de negócios jurídicos autônomos, mas, como regra, seguem a sorte do bem principal. Isto é decorrência do citado princípio da gravitação jurídica que, embora não esteja mais expreso, decorre do sistema mantido pelo novo Código”.<sup>64</sup>

Nesse ponto, cabe registrar a lição de MARIA HELENA DINIZ, obtemperando que a pertença conserva a sua individualidade e autonomia, “tendo apenas com a principal uma subordinação econômico-jurídica, pois, sem haver qualquer incorporação, vincula-se à principal para que esta atinja suas finalidades”.<sup>65</sup>

Insista-se, então: embora as pertenças e as partes integrantes tenham caráter secundário (não acessório!) em relação a outro bem, não estão submetidas ao regramento destinado pelo legislador aos bens acessórios, afastando-se da gravitação jurídica.

Elucidando a matéria, advoga ÂNGELO BRAGA NETTO R. DE MELO que a grande importância da compreensão dos antigos bens imóveis *por acessão intelectual*, agora como *pertenças*, é que “a pertença (coisa pertencente na terminologia ponteana) não segue o destino do bem principal, salvo disposição em contrário da lei, das partes ou das circunstâncias do caso”. Prova disso é a regra emanada do art. 94 do Código de 2002, esclarecendo que os negócios jurídicos que dizem respeito ao principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da vontade das partes ou das circunstâncias específicas do negócio jurídico. É o exemplo da compra de um apartamento que, a princípio, não inclui o ar-condicionado que nele estiver instalado. Noutra hipótese, na compra e venda de uma fazenda, silentes as partes, não se pode presumir abrangidos pelo negócio os bens móveis e o rebanho.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Nessa esteira, RENAN LOTUFO dispara que “as pertenças mantêm sua condição de coisas individuadas, que se usa para ter melhor proveito de seu imóvel” (*Curso Avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 195).

<sup>64</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. “Dos bens”, op. cit., p. 169-170.

<sup>65</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 298-299.

<sup>66</sup> MELO, Ângelo Braga Netto R. de. “Modificações na Parte Geral do novo CCB”, op. cit., p. 20.

Esclarecida a distinção, é o momento de classificar os bens acessórios, de acordo com a previsão codificada em: (i) os frutos; (ii) os produtos; (iii) os rendimentos (que são os frutos civis); (iv) as benfeitorias.

Os *frutos* são as utilidades produzidas com periodicidade pela coisa principal, cuja percepção mantém intacta a substância do bem. Seus caracteres, segundo ORLANDO GOMES,<sup>67</sup> são a *periodicidade*, *inalterabilidade da substância* e *separabilidade da coisa principal*. Podem ser *civis*, *naturais* ou *industriais*, a depender da sua origem. Os frutos civis nada mais são do que verdadeiros rendimentos, como um aluguel, enquanto os frutos industriais decorrem da atuação humana e os frutos naturais proveem da força animal ou vegetal da natureza.

Distinguem-se, outrossim, quanto ao seu estado em: (i) *pendentes* (aqueles que ainda estão unidos à coisa, não tendo sido destacados), (ii) *percebidos* ou *colhidos* (os frutos já separados da coisa, mas ainda existentes), (iii) *estantes* (aqueles que, embora separados, encontram-se armazenados, estocados), (iv) *percipiendos* (sendo os que deveriam ter sido separados, mas ainda não foram) e (v) *consumidos* (os frutos que não mais existem). Segundo o art. 1.215 do *Codex*, os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos assim que forem separados, e os frutos civis, dia por dia, sem necessidade da prática de qualquer ato material.

Importante registrar que os frutos naturais e industriais são adquiridos com a simples separação da coisa (salvo na hipótese de colheita antecipatória, quando o possuidor deverá indenizar o proprietário por ter colhido antecipadamente fruto que ainda não estava no tempo de ser separado), enquanto os frutos civis são colhidos dia a dia, com o seu vencimento.

Já os *produtos*, por sua vez, são as utilidades que podem ser retiradas da coisa alterando sua substância, diminuindo a quantidade e levando até o esgotamento de seu conteúdo, como, v. g., o petróleo de um poço. Diferentemente dos frutos, a extração do produto determina a sua progressiva diminuição.

*Rendimentos* são os frutos civis, as prestações periódicas em dinheiro, decorrentes da concessão do uso e gozo, de que é exemplo o aluguel.

Por seu turno, as *benfeitorias* constituem-se em despesas e obras realizadas em determinada coisa (móvel ou imóvel) para a sua conservação, melhoramento ou para simples deleite, embelezamento. As benfeitorias consistem em obras ou despesas efetuadas para fins de conservação, melhoramento ou embelezamento. Vale dizer, as benfeitorias não são coisas, porém ações que originam despesas e bens. Trata-se de melhoramentos que tenham por finalidade evitar a deterioração da coisa e permitir a sua normal exploração (necessárias), incrementar a sua utilidade, aumentado objetivamente o valor do bem (úteis) ou de oferecer recreação e prazer a quem dele desfrute (voluptuárias).

Vale sublinhar que tudo o que se incorpora permanentemente à coisa já existente é benfeitoria em sentido *lato*. Por conseguinte, os custos de conservação jurídica

<sup>67</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 232, esclarecendo, com mestria, “seja pela força exclusiva da natureza ou com a intervenção do homem, ajudando-a, a coisa principal produz e reproduz periodicamente, sem sofrer diminuição em sua mesma substância”.



e física do bem, como pagamento de tributos, gastos com processos demarcatórios e divisórios, adubação de terreno e ração para animais, são benfeitorias necessárias, compreendidas no sentido amplo de despesas essenciais à conservação física ou integridade jurídica da coisa.

Não se reputam benfeitorias, nos termos do art. 97 da Lei Civil, os melhoramentos e acréscimos sobrevindos na coisa sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor. Isto é, não se confundem as benfeitorias com as acessões naturais (avulsão, aluvião, formação de ilhas e abandono de álveo, art. 1.248, do Código de 2002), que são acréscimos decorrentes de fenômenos da natureza. De idêntica maneira, não são consideradas benfeitorias as acessões artificiais (construção e plantação), consideradas obras criando espécie nova, de acordo com a sua função. Esclarece FRANCISCO AMARAL que as acessões são modo originário de aquisição da propriedade imobiliária, não criando, tecnicamente, um bem acessório, pois se destinam a aumentar o volume ou valor da coisa, ao revés das benfeitorias, que possuem a mera intenção de melhoramento.<sup>68</sup> Ou seja, o traço distintivo repousa sobre a funcionalidade da coisa. Se é destinada a aumentar o conteúdo da própria coisa, trata-se de acessão (por exemplo, a construção de uma casa sob um terreno), mas, se propende a melhorar o que já existe, será benfeitoria (como na hipótese da colocação de cercas em uma fazenda de gado). Em síntese apertada, porém completa, é possível afirmar: distinguem-se benfeitorias e acessões porque aquelas possuem caráter complementar, pressupondo obras ou despesas realizadas, em virtude da conservação, embelezamento ou melhor aproveitamento de coisa já existente e, propositadamente, são classificadas como bens acessórios (CC, art. 92). A outro giro, as acessões são as construções e plantações que têm caráter de novidade, pois não procedem de algo já existente, uma vez que objetivam dar destinação econômica a um bem que até então não tinha repercussão social. Por seu caráter inovador, são tratados com regras próprias, entre os modos originários de aquisição da propriedade, seguindo as regras que lhe são peculiares (CC, art. 1.253 ss). De fato, enquanto a mudança de um encanamento ou a troca de um telhado apenas atendem a uma necessidade de melhoramento da residência, a construção de um prédio em um terreno até então não aproveitado impõe a própria averbação da construção no registro imobiliário, em virtude de aquisição de propriedade imóvel (Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, art. 167, II, nº 4). Não se ignore, no entanto, que, em algumas hipóteses, torna-se extremamente delicada a distinção de uma obra que evolui para acessão ou benfeitoria. Basta cogitar sobre a construção de um muro ou de uma garagem em um terreno desprovido de qualquer construção. Não seria benfeitoria propriamente dita, pois a obra não objetivou a conservação de uma outra construção considerada como bem principal. Tampouco poderia se vislumbrar uma rigorosa adequação ao conceito de acessão, eis que a edificação de um muro ou garagem não significa exatamente a aquisição de propriedade imobiliária. Nessas situações fronteiriças, nada melhor do que aplicar o sistema que melhor proporcione dividendos jurídicos ao possuidor, normalmente o das benfeitorias, pela garantia legal do direito de retenção e pela pretensão à indenização

<sup>68</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 333.

das benfeitorias necessárias, mesmo na má-fé – ao contrário da repercussão da acessão de má-fé em imóvel alheio (CC, art. 1.255).

Também não caracteriza benfeitoria a pintura em relação à tela, a escultura em relação à matéria-prima, a escritura e qualquer outro trabalho gráfico em relação à matéria-prima que os recebe, em razão da especificação, que constitui forma originária de aquisição do bem móvel, como preconizam os arts. 1.269 a 1.271 do Código de 2002.

Existem três espécies de *benfeitorias*:

- i) *voluptuárias* (CC, art. 96, § 1º), também ditas *suntuárias*, destinadas a tornar a coisa mais formosa, bela, servindo para mero deleite. Não aumentam, nem melhoram, o uso habitual, apenas servindo para o seu embelezamento ou deleite. É o exemplo da construção de piscina ou quadra de tênis em uma casa particular, bem como a colocação de um chafariz em uma casa;
- ii) *úteis* (CC, art. 96, § 2º), tratando daquelas que aumentam ou facilitam o uso da coisa, dando maior conforto ao usuário, como a instalação de aparelhos hidráulicos em uma casa;
- iii) *necessárias* (CC, art. 96, § 3º), são aquelas indispensáveis à conservação da coisa, evitando deterioração ou destruição, como, *e. g.*, o reforço das fundações de um edifício por andares ou a construção de paredes em uma casa.

O critério distintivo para a classificação das benfeitorias há de ser, naturalmente, a *destinação*, a *finalidade*. Bem por isso, a mesma situação pode se classificar, em diferentes situações, como benfeitoria necessária, útil ou voluptuária. Bastaria imaginar a piscina. Em uma academia de natação, a construção da piscina será necessária. Já na academia de ginástica, a piscina se apresentará como benfeitoria útil, enquanto em uma casa, ordinariamente, ela seria suntuária, em face de sua finalidade de mero deleite. Em sendo assim, é recomendável jamais conceituar uma benfeitoria como necessária, útil ou voluptuária por conceitos rígidos, apesar de a classificação do art. 96 do Código Civil ser extremamente útil para delimitar as três categorias. Diante do caso concreto, recorrer-se-á ao critério da essencialidade, isto é, deve-se indagar se, na espécie, aquela obra ou despesa é essencial à conservação da coisa principal, se apenas introduz um melhoramento ou se, então, é de mero deleite.

Interessa a distinção relativa às benfeitorias porque a lei (CC, art. 1.219) permite que o possuidor de boa-fé tenha *direito à indenização* das benfeitorias necessárias e úteis e quanto às voluptuárias, se não pagas, poderá levantá-las, quando puder, sem danificar o bem, tendo ainda o *direito de retenção* pelo valor das necessárias e úteis. Já o possuidor de má-fé será ressarcido somente pelas benfeitorias necessárias, não lhe assistindo, no entanto, o direito de retenção pela importância destas, nem de levantar as voluptuárias. Não fosse apenas isso, contra o possuidor de má-fé poderá o proprietário compensar os danos causados com o valor que se obriga a pagar, a título de indenização pelas benfeitorias necessárias, em consonância com o art. 1.221 da Codificação.

Não é demais registrar que as benfeitorias realizadas pelo proprietário implicam em aquisição da titularidade, somente se podendo falar em indenização por benfeitorias quando realizadas por possuidor.

Quando se tratar de posse fundada em *contrato de locação*, aplica-se a regra dos arts. 35 e 36 da Lei nº 8.245/91 – Lei de Locações. De acordo com a norma específica, nos contratos de locação as benfeitorias necessárias, introduzidas pelo locatário, serão indenizáveis sempre, independentemente de autorização, enquanto as benfeitorias úteis somente admitirão indenização se houver autorização do locador ou se o contrato dispensar tal anuência. Admite-se, outrossim, o direito de retenção, tanto das necessárias, quanto das úteis indenizáveis. Quanto às benfeitorias voluptuárias, não admitem indenização em nenhuma hipótese, podendo, apenas, ser levantadas pelo locatário, desde que não afete a estrutura e substância do imóvel.

Nos termos da Súmula 158 do Supremo Tribunal Federal, “salvo estipulação contratual averbada no registro imobiliário, não responde o adquirente pelas benfeitorias do locatário”, deixando claro que tais melhoramentos devem ser ressarcidos pelo locador que vendeu o imóvel a terceiro.

Tema historicamente pertencente à área cinzenta do direito dizia respeito à possibilidade, ou não, de renúncia prévia à indenização e retenção por benfeitorias pelo locatário.<sup>69</sup> Depois de longos debates, o Superior Tribunal de Justiça cimentou entendimento através da edição da Súmula 335: “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção”. Ao que nos parece, a súmula é de duvidosa compatibilidade com o ideal da boa-fé objetiva (decorrente da eticidade), tão caro e almejado pelo Código Reale, permitindo ao locador se valer de sua superioridade em detrimento da hipossuficiência do locatário. De qualquer maneira, vale advertir que a citada Súmula 335 da Corte Superior não pode ser interpretada com abrangência sobre as benfeitorias necessárias, cuja indenizabilidade é essencial, sob pena de enriquecimento sem causa do locador.

Em se tratando de contrato de comodato (empréstimo gratuito de bem fungível), o art. 584 do Código Civil, estabelecendo regra específica para as benfeitorias realizadas no comodato, dispõe que “o comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada”. Assim, o comodatário (posuidor de boa-fé) não tem direito à indenização – e muito menos à retenção, por conseguinte – em relação às benfeitorias úteis, uma vez que elas representam melhoria no uso da coisa – que lhe foi conferido gratuitamente.<sup>70</sup> Faz jus, entretanto, à indenização das necessárias, inclusive podendo retê-las.

Se se trata de desapropriação, o art. 26, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41 – Lei Geral de Desapropriações, estabelece que as benfeitorias necessárias – implementadas após

<sup>69</sup> A Súmula 15 do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo afirmava: “É dispensável prova sobre benfeitorias se há cláusula contratual em que o locatário renunciou ao respectivo direito de retenção ou de indenização”.

<sup>70</sup> Há precedente na jurisprudência, como se pode notar: “As benfeitorias não são indenizáveis ao comodatário, se não se configurar hipótese de despesas extraordinárias e urgentes, nem forem as mesmas autorizadas pelo comodante; se o fossem, não dariam direito de retenção, como reconhece a doutrina” (JB 79: 1985).

a expropriação – serão, sempre, indenizáveis, as benfeitorias voluptuárias não serão jamais e as úteis serão, desde que autorizadas pelo Poder Público. Evidentemente, todas as benfeitorias realizadas até a data da publicação do decreto expropriatório na imprensa oficial devem ser computadas na indenização prévia e justa a ser paga pelo Estado.

Por evidente, o direito à indenização pressupõe a efetiva comprovação de sua realização e da valorização da coisa principal, em relação ao seu estado anterior.<sup>71</sup>

Concluindo, vale esclarecer que em todas as hipóteses de direito de retenção (por óbvio, somente fundado na posse de boa-fé) a notificação para a desocupação do imóvel, denunciando o contrato, o faz cessar em relação às benfeitorias úteis (não se aplicando tal regra às necessárias). É que, a partir da notificação (denúncia do contrato), as benfeitorias úteis não mais permitirão a retenção, embora continuem admitindo indenização.

## 5.9 Bens públicos e privados

*Bens públicos* são aqueles, materiais ou imateriais, cujo titular é uma pessoa jurídica de direito público (da administração direta, indireta, fundacional ou autárquica) ou uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, quando o referido bem estiver vinculado à prestação desse serviço público.<sup>72</sup> Enfim, são bens do domínio público (CC, art. 98), podendo se espriar por entidades federais, estaduais ou municipais.

Dividem-se os bens públicos em três espécies:

- i) *bens de uso comum*, constituindo categoria que admite a utilização por qualquer pessoa, indiscriminadamente, a título gratuito ou oneroso. Exemplo nítido são as praças, os mares ou as ruas (CC, art. 99, I). Não perdem tal característica mesmo que regulamentos administrativos condicionem a sua utilização ao preenchimento de requisitos específicos, como o estabelecimento de horários para o ingresso em jardins botânicos ou zoológicos. Também será possível ao Poder Público exigir o pagamento de taxa para a utilização de eventuais bens públicos. É o chamado *pagamento de retribuição*, contemplado no art. 103 do *Codex*, de que é exemplo o pedágio em estradas ou a cobrança de ingresso em museus.<sup>73</sup> Pode, ainda, o poder público, por razões de segurança nacional ou da população especificamente, suspender ou restringir o uso da coisa comum, em circunstâncias excepcionais, como na hipótese de desabamentos em estradas. Por tais características, mereceu de HAURIU a constatação de que os bens de

<sup>71</sup> A jurisprudência registra precedente elucidativo: “Não tem direito à pretensão indenizatória a parte que não descreve as benfeitorias realizadas, seu custo, o estado anterior e atual da coisa e a valorização decorrente dessas benfeitorias, não se admitindo simples menção genérica à sua existência” (TJ/BA, Ac. Unân., 1ª Câmara, Ap. Cív. 40.398-0/02 – Comarca de Salvador, Rel. Des. Lícia de Castro L. Carvalho, j. 6.8.2003, RT 823: 287).

<sup>72</sup> É de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR a afirmação de que os bens pertencentes à Empresa de Correios e Telégrafos, por exemplo, quando afetados à prestação do serviço postal, são reputados bens públicos. Cf. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 311.

<sup>73</sup> Hipóteses referidas por FRANCISCO AMARAL, que acrescenta como bens de uso comum o meio ambiente e os bens culturais. Cf. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 335.

uso comum constituem verdadeira “propriedade *sui generis*”,<sup>74</sup> uma vez que livre é a utilização do bem e não o domínio.

- ii) *bens de uso especial* (CC, art. 99, II), categoria integrada pelos bens utilizados pelo próprio poder público para instalações do próprio serviço público, como os prédios que servem para os tribunais ou escolas;
- iii) *dominiais* ou *dominicais*, englobando os bens que integram o patrimônio disponível estatal, compondo as relações apreciáveis economicamente da União (CF/88, art. 20, I a XI), dos Estados (CF/88, art. 26, I a IV), do Distrito Federal e Territórios ou dos Municípios, como objeto do direito pessoal ou real dessas pessoas respectivas de direito público interno, como preconiza o art. 99, III, CC. Estão abrangidos os bens móveis e imóveis, como no exemplo dos títulos de dívidas, dos créditos, das ações, dos terrenos de marinha,<sup>75</sup> faixas de fronteira<sup>76</sup> e das ilhas formadas em mares territoriais.<sup>77</sup> Os bens dominicais admitem, excepcionalmente, alienação, através de autorização legislativa. Aliás, por força de lei também, os bens dominicais podem ser convertidos em de uso especial, ficando livres de alienação, através de procedimento denominado *afetação*. A recíproca, por lógico, é verdadeira, motivo pelo qual os bens de uso especial, por seu turno, podem sofrer *desafetação*, passando a integrar a categoria dos bens dominicais e, por conseguinte, admitindo alienação através de autorização do Poder Legislativo. Enfim, quando um bem público passa de dominical para de uso especial, tem-se uma afetação; quando passa de uso especial para dominical, tem-se a desafetação. É possível pensar na hipótese de um prefeito que pretende alienar o prédio que serve a uma escola pública municipal e, via de consequência, precisará que a lei primeiramente desafete o bem, tornando-o dominical, para, em seguida, outra lei autorizar a sua alienação.

A partir dessa classificação, já se vislumbra uma divisão dos bens públicos em *bens do domínio público do Estado* (aqui encartados os bens de uso comum e os bens de uso especial) e *bens do domínio privado do Estado* (dizendo respeito aos bens dominicais).

<sup>74</sup> Apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 302.

<sup>75</sup> Terrenos de marinha são aqueles situados na faixa de terra banhada pelo mar, lagoas ou rios, de 33 metros para dentro da terra, e que sofram a influência das águas, a partir da linha de preamar média e pertencentes à União Federal, submetidos ao regramento emprestado pelo Decreto-lei nº 9.760/46. Desse modo, se não sofrem a influência das águas, são denominados *terrenos marginais*, *ribeirinhos* ou *terrenos reservados*. Serão eles medidos a partir de 15 m contados desde a linha média das enchentes ordinárias, conforme dispõe o art. 4º do Decreto nº 9.760 e o art. 14 do Decreto nº 24.643/34 – Código de Águas.

<sup>76</sup> A região da *faixa de fronteira* caracteriza-se geograficamente por dizer respeito a uma faixa de 150 km de largura, ao longo de 15.719 km da fronteira brasileira, consoante as disposições contidas na Lei n. 6.634/79, regulamentada pelo Decreto n. 85.064/80, que abrange 11 unidades da Federação e 588 municípios, envolvendo aproximadamente dez milhões de habitantes.

<sup>77</sup> As ilhas são elevações de terra acima do nível das águas e por estas cercadas em todas a sua extensão, podendo ser marítima, fluvial ou lacustre, conforme estejam situadas no mar, rios ou lagos. Pertencem à União “as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal” (inciso IV do art. 20 da Constituição da República). Lado outro, pertencem aos Estados “as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União” (inciso III do art. 26 do Texto Constitucional).

Dada a sua natureza, os bens públicos não se submetem às regras do direito privado,<sup>78</sup> possuindo caracteres próprios: a *inalienabilidade*, a *impenhorabilidade* e a *imprescritibilidade*. Por isso, o pagamento das dívidas do Poder Público deve ser feito através do sistema de precatório (CF, art. 100), bem como os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião (prescrição aquisitiva), nem mesmo as terras devolutas, que também pertencem à União (quando indispensáveis à defesa do território nacional, conforme previsão dos arts. 183, § 3º, e 191, da CF, e 102, CC) ou aos Estados-membros, que poderão repassar para os municípios, a depender do caso. Relembre-se, tão somente, que os bens públicos dominicais podem ser alienados, desde que observados os requisitos legais<sup>79</sup> (CC, art. 101).

Não é demais lembrar que os bens públicos também não podem ser onerados, afastada a incidência de hipoteca, penhor, anticrese e alienação fiduciária em garantia.

Por outro lado, é possível que um bem público tenha o seu uso concedido a um particular (pessoa jurídica de direito privado ou pessoa natural), mediante ato regulado pelo Direito Administrativo, através de autorização, permissão ou concessão de uso.<sup>80</sup> Além disso, os bens dominicais podem, além disso, ser objeto de contratos de direito privado, como a locação, o arrendamento, a concessão de direito real de uso e a cessão de uso.

Não dispondo a lei em sentido contrário, consideram-se públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, no que respeita à prestação do serviço público.<sup>81</sup> Assim, o trilho, os vagões e a locomotiva de uma companhia de metrô ou trem, que tenha capital do Poder Público, caracterizar-se-ão como bens públicos, submetidos às suas regras.

Com relação aos *bens particulares* ou *privados*, chega-se ao seu conceito por exclusão: são aqueles que não pertencem ao domínio público, mas sim à iniciativa privada (CC, art. 98).<sup>82</sup> Estes estão submetidos a caracteres inversos em relação aos bens públicos; são, dessa maneira, *alienáveis*, *penhoráveis* e *prescritíveis*.

## 5.10 Bens no comércio e fora do comércio

De modo genérico, todos os bens podem ser apropriados e alienados, a título oneroso ou gratuito. Há, entretanto, exceções à regra geral, constituindo o que se

<sup>78</sup> A jurisprudência já teve oportunidade de reconhecer que “o bem público não está sujeito à legislação civil, não se aplicando aos contratos de locação firmados pela Administração Pública federal, estadual e municipal a Lei de Luvas” (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 59448/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, v. u., j. 11.4.2000).

<sup>79</sup> A jurisprudência trilha nesse caminho, como se pode notar: “A doação de imóvel público obedece, unicamente, aos preceitos contidos na lei que o desafetou” (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 56612-6/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.12.1994, DJU 6.3.1995, p. 4325).

<sup>80</sup> Já se deliberou: “Permissão de uso – Lanchonete em imóvel próprio da União. Uma das características da permissão de uso é a sua revogabilidade unilateral a qualquer tempo, sem indenização findo seu prazo” (TRF – 1ª Região, Ac. 2ª Seção, MS 93.01.34997, Rel. Juiz Eustáquio Silveira, DJU 14.4.1994).

<sup>81</sup> Com outra compreensão, entendendo serem bens privados aqueles pertencentes às sociedades de economia mista e empresas públicas, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. *Manual de Direito Administrativo*, op. cit., p. 873.

<sup>82</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 281.



convencionou denominar *bens fora do comércio ou inalienáveis* (pela impossibilidade de serem negociados), significando os bens que não podem ser transferidos de um patrimônio para outro e insusceptíveis de apropriação.

O Código Civil não dedicou capítulo aos bens que estão fora do comércio, nada obstante que se invoque o entendimento doutrinário, na solução interpretativa.

Pondera WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que a expressão *comércio* “figura no sentido técnico, no sentido jurídico, significando a possibilidade de compra e venda, a liberdade de circulação, o poder de movimentação dos bens”.<sup>83</sup>

A partir dessas noções fundamentais, é lícito inferir que os *bens no comércio* são aqueles susceptíveis de alienação (compra e venda, troca, doação, empréstimo...), enquanto os *bens fora do comércio, a contrario sensu*, são identificados como aqueles que não podem ser objeto de relações jurídicas de alienação.

Contemplam-se diferentes categorias de bens fora do comércio, podendo ser alinhadas da seguinte forma:

- a) *fora do comércio pela sua própria natureza*, englobando os bens de uso inexaurível (*res communes omnium*), como a água corrente, o ar atmosférico e a luz solar. Não são passíveis de posse exclusiva pelo homem, dada a sua inesgotabilidade. Trata-se de extracomercialidade absoluta, decorrente da sua natureza;
- b) *legalmente fora do comércio*, com referência àqueles bens que, apesar de susceptíveis de apropriação pela sua natureza, têm sua comercialização vedada por lei para atender a interesses econômico-sociais, à defesa social ou mesmo à proteção de determinadas pessoas. Veja-se, todavia, que a inalienabilidade aqui tratada é relativa.<sup>84</sup> Admite-se a alienação desses bens por força de lei ou decisão judicial.

No ordenamento jurídico brasileiro são bens legalmente inalienáveis: (b.1) os *bens públicos* (CC, art. 100); (b.2) os *bens pertencentes às fundações* (CC, arts. 62 a 69); (b.3) os *bens dos menores* (CC, art. 1.691); (b.4) o *bem de família convencional* (CC, art. 1.711); (b.5) o *terreno onde se edificou condomínio de andares* (Lei nº 4.591/64, art. 3º); (b.6) o *capital destinado a garantir o pagamento de alimentos* (CPC, art. 602, §§ 1º e 4º); (b.7) as *terras ocupadas pelos índios, por estarem caracterizadas como bem público*; (b.8) os *lotes rurais remanescentes de loteamentos já inscritos, quando tiverem área inferior ao módulo fixado para a respectiva região* (Lei nº 4.947/66); (b.9) a *herança de pessoa viva* (CC, art. 426).

- c) *fora do comércio pela vontade humana*, aqui encartados os bens que se tornam inalienáveis quando o titular, ao transmiti-lo a outrem, por ato *inter vivos* (doação,

<sup>83</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 191. No mesmo diapasão, FRANCISCO AMARAL, para quem, nesse particular, *comércio é circulação econômica, é troca de bens*. Cf. *Direito Civil: introdução*, op. cit., p. 336.

<sup>84</sup> Defendendo esse pensamento, veja-se MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 309, e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 192.

e. g.) ou *causa mortis* (legado, por exemplo), impõe uma cláusula de inalienabilidade, temporária ou vitalícia, deixando-os a salvo de futuro ato de disposição pelo beneficiário. Saliente-se que o art. 1.911 do Código Civil estabelece que a cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por liberalidade implica também a *impenhorabilidade* e a *incomunicabilidade*.<sup>85</sup> Importante observar que a duração das cláusulas restritivas é, apenas, de uma geração, não sendo possível ao titular de um bem clausulado transmiti-lo com a restrição convencional, impedindo, assim, que permaneça muito tempo fora do comércio. Lembre-se, de qualquer sorte, existir reconhecida tendência jurisprudencial no sentido de admitir uma *relativização das cláusulas restritivas* que gravam determinado bem em situações excepcionais, como no caso de perigo do perecimento da coisa, para garantir utilidade do bem ou mesmo para garantir a integridade física e psíquica do seu titular. Assim, poderá o juiz da vara de registros públicos determinar o levantamento ou a sub-rogação (substituição) da cláusula, a depender da situação concreta, ouvido o Ministério Público, a partir de pedido formulado pelo interessado em procedimento especial de jurisdição voluntária.<sup>86</sup> Ilustrativamente, vale invocar *decisum* do Superior Tribunal de Justiça afirmando, coerentemente, que a cláusula de inalienabilidade (assim como a de impenhorabilidade) “deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar a entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses, sobretudo quando o seu abrandamento decorre de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação civil encerra, como se dá no caso em exame, pelas peculiaridades que lhe cercam” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 10020/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 9.9.1996, DJU 14.10.1996, p. 39009).

Observe-se que o fundamento para o levantamento ou sub-rogação da cláusula restritiva não é outro senão a *teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana*, derivada do macro princípio da dignidade humana, de sede constitucional.

Por derradeiro, vale trazer à baila palpitante questão em relação ao tema. Trata-se da possibilidade, ou não, de dispor a pessoa de seu próprio corpo para depois de sua morte. Assim, questiona-se: o corpo humano é, ou não, coisa fora do comércio?

A resposta é no sentido de que o corpo morto mantém sua natural característica de direito da personalidade (no âmbito físico), motivo pelo qual somente será possível ao

<sup>85</sup> O entendimento firmado na Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal era mais restrito, afirmando que “a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”.

<sup>86</sup> De fato, não teria sentido garantir patrimônio a alguém, privando, entretanto, de conferir a ele utilidade, mesmo quando necessário para a sua sobrevivência. Sobre o tema, são imperdíveis as palavras do bom baiano PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR, em texto dedicado ao tema: “Se o herdeiro encontra-se acometido de doença grave, é inaceitável que se sobreponha à vida um valor patrimonial, numa completa e absurda inversão dos valores constitucionais que inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana no vértice do sistema jurídico pátrio” (“Das cláusulas restritivas da legítimas”, op. cit., p. 636).

titular dispor, ainda em vida, de seu corpo para depois da morte, dentro de certos limites, conforme a finalidade almejada, em consonância com o que dispõe o art. 14 do Código Reale. Até porque qualquer ato ofensivo ao corpo após a morte do titular aviltaria profundamente a dignidade da pessoa falecida e de seus condolentes. Por isso, trata-se, sem dúvida, de coisa fora do comércio,<sup>87</sup> sendo possível, apenas, ao titular disposições para fins altruísticos ou científicos, como, por exemplo, deixar o seu cadáver para pesquisas em faculdades de Medicina, consoante permissivo do art. 14 do próprio *Codex* e não se permitindo a incidência de penhoras ou de atos de conteúdo patrimonial.

Frise-se que o ato de disposição do corpo humano, inclusive do corpo morto, necessariamente, será gratuito, vedado o intuito lucrativo, consoante a clara determinação do art. 199, § 4º, da Constituição da República e do art. 1º da Lei nº 9.434/97, impedindo a caracterização de um comércio de corpos humanos.

Preleciona MARIA HELENA DINIZ, em um de seus melhores momentos, que o “direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana”, motivo pelo qual as considera coisas *extra commercium*. Concluindo o raciocínio, esclarece que, “como as partes separadas acidental ou voluntariamente do corpo são consideradas coisas (*res*), passam para a propriedade do seu titular, ou seja, da pessoa da qual se destacaram, que delas poderá dispor, *gratuitamente*, desde que [...] tenham em vista um fim terapêutico ou humanitário”.<sup>88</sup>

Outrossim, os terrenos que servem para os cemitérios públicos (que são objeto de concessões públicas) também constituem bens fora do comércio, motivo pelo qual os monumentos tumulares erigidos neles não podem sofrer penhora.<sup>89</sup>

## 6 O BEM DE FAMÍLIA

### 6.1 O bem de família consubstanciando a teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana (direito ao mínimo existencial)

Historicamente, o Direito Civil foi enxergado com a ótica da orientação liberal predominante na Revolução Francesa, fulcrando sua base sólida na proteção patrimonial. Exemplo nítido é a tutela da propriedade privada e da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, sedimentada no velho *pacta sunt servanda*. Quem não lembra da máxima “contratou, tem de cumprir, pois o contrato faz lei entre as partes”.

Com a definição de uma nova tábua axiomática pela Constituição da República de 1988, promovendo ideias sociais, no entanto, impõe-se uma releitura dos institutos

<sup>87</sup> Nesse sentido, calha à espécie o estudo de GIOVANNI ETTORRE NANNI disparando que o corpo humano, depois da morte, é coisa, classificada como *extra commercium*, “devendo ser preservada a realização normal do cadáver, que deve ser dado à paz da sepultura” (“A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal nº 9.434/97 e da Constituição Federal”, op. cit., p. 266).

<sup>88</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, op. cit., p. 249.

<sup>89</sup> A advertência é de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 193.

clássicos (fundamentais) do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizando-os para a promoção da *dignidade da pessoa humana* e da *solidariedade social*, além da impositiva *igualdade substancial*, afirmadas constitucionalmente (arts. 1º, III, 3º e 5º). Em outras palavras, vem se empreendendo elevado esforço no sentido de recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio,<sup>90</sup> abandonando o caráter neutro e despreocupado do ordenamento jurídico, para o aproximar da realidade social brasileira.

Em outras palavras, a partir dos novos valores que permeiam a ordem jurídica brasileira, a partir da legalidade constitucional, é imperioso *despatrimonializar* as relações jurídicas, sendo mister afirmar o *ser* sobrepujando o *ter*.

Enfim, relacionando a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, *funcionalizando* o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender às necessidades elementares da pessoa humana.

É o chamado *mínimo existencial*, revelando um dos aspectos concretos, práticos, da afirmação da dignidade da pessoa humana.

Através da teoria do direito ao patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade.

E o exemplo mais contundente da proteção ao patrimônio mínimo da pessoa humana é, sem dúvida, a proteção ao *bem de família* (Lei nº 8.009/90 e CC, arts. 1.711 a 1.722).

Forçoso afirmar, ainda, que esse reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode estar limitado à situação econômica ou social do titular. Trata-se de conceito universal, devendo ser funcionalizado a cada caso, protegendo cada uma das pessoas humanas para que venha a desempenhar suas atividades dignamente. É possível sofrer variação, portanto, de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular.

## 6.2 O bem de família no direito brasileiro

### 6.2.1 A dualidade de regimes

O nosso ordenamento jurídico, seguindo tendência universal, não admite a responsabilização pessoal do devedor por suas dívidas, apenas vinculando o seu patrimônio – *princípio da responsabilidade patrimonial*, consagrado no art. 591 do Código de Processo Civil e no art. 391 do Código Civil. Assim, embora o devedor assuma suas obrigações pessoalmente, responde por elas, apenas, com o seu patrimônio, presente e futuro.

Tal regra, no entanto, comporta exceções, havendo bens que são excluídos do cumprimento das obrigações. Assim, além de alguns bens excepcionados pela legislação

<sup>90</sup> É o pensamento de LUIZ EDSON FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, op. cit., p. 41.

processual (vide, a respeito, o art. 649 do Código Instrumental), também está livre de penhora o *bem de família*, disciplinado nos arts. 1.711 a 1.722 da Lei Civil, bem como na Lei nº 8.009/90.

Muito embora na Antiga Roma já estivesse consagrado o princípio da inalienabilidade dos bens que compunham o patrimônio familiar, foi na República do Texas, antes de sua incorporação aos Estados Unidos da América, que, em 1839, descortinou-se o instituto do bem de família. Através do *Homestead Exemption Act*, foi conferida proteção especial ao domicílio das famílias, salvaguardando-o das crises econômicas e incentivando a fixação do homem às inóspitas terras texanas, com vistas a torná-las produtivas.

A principal característica do *homestead*, sem dúvida, foi a impenhorabilidade, deixando o imóvel residencial a salvo das dívidas de seus titulares. Justifica-se, assim, o provérbio norte-americano propondo “o *homestead* não possui dívidas”.<sup>91</sup>

Identicamente, em diferentes sistemas legislativos (França, Portugal, México, Venezuela e Argentina) passou a imperar a ideia de que o bem que alberga a família, o lar familiar, constitui patrimônio que merece estar a salvo de penhoras por dívidas.

A importância da proteção do bem que serve de abrigo, de lar, à pessoa humana é incontroversa. Sob o prisma psicológico e cultural, é legítimo e natural o anseio da generalidade das pessoas em obter a casa própria, por “despertar a segurança psicológica da certeza do abrigo”, além de refletir maior proteção patrimonial, consoante a percepção de FÁBIO ULHOA COELHO.<sup>92</sup> Não por outro motivo, a música popular brasileira sempre cantou o utópico desejo humano de possuir um lugar para se fixar no espaço: “Eu queria ter na vida simplesmente um lugar de mato verde pra plantar e pra colher; ter uma casinha branca de varanda, um quintal e uma janela para ver o sol nascer”.

A ciência jurídica não poderia, pois, negar proteção a um bem jurídico que para o ser humano evidencia tamanha importância.

Como visto, o instituto do bem de família, entre nós, revela exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial, preservando bens do patrimônio do devedor, em respeito a valores mais elevados (contidos na cláusula geral de proteção da pessoa humana, art. 1º, III, CF/88), de forma que a excussão patrimonial não reduza o devedor à iniquidade.

O ordenamento jurídico brasileiro admite duas modalidades de bem de família: (i) o bem de família convencional, disciplinado pelo Código Civil nos arts. 1.711 a 1.722; (ii) o bem de família legal ou obrigatório, tratado na Lei nº 8.009/90.

O Código Civil vigente mantém a dualidade de regimes, não tendo disciplinado o bem de família legal, que permanece submetido à norma específica.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Assim e com referências mais aprofundadas sobre as notícias históricas do instituto, MARCIONE PEREIRA DOS SANTOS. *Bem de família: voluntário e legal*, op. cit., notadamente nas p. 15 ss.

<sup>92</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 266-267.

<sup>93</sup> Com esse pensar, destacando que a Codificação agasalhou a dualidade de tratamento jurídico no art. 1.711, dispondo que ficam “mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial” (MARCIONE PEREIRA DOS SANTOS. *Bem de família: voluntário e legal*, op. cit., p. 158).

### 6.2.2 O valor família

É preciso ressaltar a importância da proteção da família, dando base de sustentação à disciplina do bem de família.

O ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social –, de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal.

Não se olvide, assim, que na família se sucederão os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se que é nessa ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da *felicidade* – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

É inegável, pois, que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepõem e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto*, como mola propulsora.

Com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes.

A proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Carta Maior.

Desnívelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional!

A proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

A observação atenta aos comandos dos arts. 226 a 230 da *Lex Mater* nos conduz ao raciocínio de que “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que



concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”, nas palavras sempre percutientes de GUSTAVO TEPEDINO.<sup>94</sup>

Não se olvide, demais de tudo isso, que a *Lex Legum* (no art. 3º, IV) é de clareza solar ao disparar que é objetivo fundamental da República “promover o bem de todos”, deixando antever a nítida preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, vale invocar o brilhante voto (embora vencido naquela oportunidade) do Ministro FONTES DE ALENCAR, em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, acolhendo tais argumentos: “Quanto ao fundamento do acórdão de que ela é solteira e, em consequência, não atingida pela benesse da Lei 8.009/90, *data venia*, afasto-o, porque senão chegaríamos à suprema injustiça. Se o cidadão fosse casado, ainda que mal casado, faria jus ao benefício; se fosse viúvo, sofrendo a dor da viuvez, não teria direito ao benefício. Rogo vênia a V. Exa. para não restringir esse conceito de família a tão pouco”.<sup>95</sup>

Simples, destarte, afirmar a evolução da ideia de *família-instituição*, com proteção justificada por si mesmo, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas (especialmente os infantes), para o conceito de *família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana*, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF/88).

### 6.2.3 Natureza jurídica do bem de família

Apesar de intensas discussões acerca da matéria, tem-se, hodiernamente, que a natureza jurídica do bem de família é de *forma de afetação de bens a um destino especial*, qual seja, assegurar a dignidade humana dos componentes do núcleo familiar.<sup>96</sup>

Isto é, protege-se o bem que abriga a família com o escopo de garantir a sua sobrevivência digna, reconhecida a necessidade de um mínimo existencial de patrimônio, para a realização da justiça social.

## 6.3 O bem de família convencional

### 6.3.1 Noções conceituais

O Projeto Beviláqua, em sua redação originária, não contemplava o bem de família, vindo a matéria a ser acrescentada através de proposta do Senador maranhense Fernando Mendes de Almeida.

Inserido topologicamente no Livro da Parte Geral, a partir do art. 70 do Código Civil de 1916, o bem de família era compreendido como “o prédio destinado pelos chefes de família ao exclusivo domicílio desta, mediante especialização no Registro Imobiliário, consagrando-lhe uma impenhorabilidade limitada e inalienabilidade relativa”.

<sup>94</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 349.

<sup>95</sup> STJ, Ac. 4ª T., REsp. 67.112-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 29.08.1995, DJU 23.10.1995.

<sup>96</sup> Nesse sentido, a lição de J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 461.

Dispara ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, em opúsculo dedicado ao tema, ser o bem de família “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.<sup>97</sup>

Ressalta-se dessa noção conceitual que o bem de família voluntário tem como características o fato de que:

- i) depende de ato voluntário do titular, por escritura pública, testamento ou doação;
- ii) gera inalienabilidade e impenhorabilidade;
- iii) refere-se ao bem imóvel onde a família está residindo;
- iv) tem duração limitada à vida dos instituidores ou até a maioridade civil dos filhos.

O Código Civil, atualizando conceitualmente o bem de família aos avanços determinados pela Constituição Federal de 1988, permitiu a sua instituição não apenas pelo marido, embora tenha mantido a voluntariedade na sua constituição. Outrossim, deslocou a disciplina do instituto para o Livro do Direito de Família. Assim, o conceito de família para os fins de constituição do bem de família abrange, também, a união estável, a família monoparental e outras formas de constituição de núcleos básicos, em razão do novo espectro e alcance do conceito de *entidade familiar*, apresentado pela Constituição da República, em seu art. 226.

Não se pode ter dúvida de que o bem de família convencional, tal como estruturado no Código Civil de 2002, pode ser um útil e importante instrumento de proteção do núcleo familiar. Até mesmo porque as hipóteses (excepcionais e taxativas) em que se permite a penhora do bem são mais restritas do que em relação ao bem de família legal. Aqui, somente é possível a penhora do bem de família, exclusivamente, em casos de tributo devido em razão do próprio bem (IPTU, por exemplo) ou dívidas de condomínio. No bem de família legal, as hipóteses são mais amplas, em número de sete (inclusive as duas antes referidas), mencionadas no art. 3º da Lei nº 8.009/90.

Ainda em relação ao *Codex*, a partir do art. 1.711, é possível extrair o seguinte regramento para o bem de família convencional:

- i) impossibilidade de ter o prédio destino diferente, nem mesmo podendo ser alienado sem o consentimento de todos os interessados (inclusive filhos);
- ii) instituição mediante testamento ou escritura pública, constituindo-se pelo registro de seu título no Cartório de Imóveis;
- iii) a fração do patrimônio destinado à instituição do bem de família não pode ultrapassar o montante de um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição.

<sup>97</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*, op. cit., p. 93.

### 6.3.2 Extensão da proteção

É lícito afirmar, a partir da intelecção do bem de família voluntário, instituído por meio de registro no Cartório de Imóveis (CC, art. 1.714), que os seus *efeitos* são a *impenhorabilidade* e a *inalienabilidade*. Ou seja, instituído o bem de família, através de procedimento público no Cartório Imobiliário, torna-se impenhorável e inalienável, restringindo sua comerciabilidade.

A impenhorabilidade e a inalienabilidade decorrentes da vontade do instituidor atingem não apenas o imóvel, rural ou urbano, que serve de residência, mas, por igual, suas pertencas e acessórios (CC, art. 1.712).

Na verdade, desde o regime do Código revogado, já se entendia que a impenhorabilidade e a inalienabilidade decorrentes do bem de família voluntário atingiam os aparelhos essenciais à manutenção do lar, como telefone, televisão, videocassete, geladeiras e outros utensílios, apenas vindo a Codificação de 2002 a confirmar esse entendimento.

A novidade fica por conta da possibilidade de inserir, na constituição do bem de família, cláusula pela qual a proteção venha a abranger, também, *valores mobiliários*<sup>98</sup> *cuja renda venha a ser aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família*, desde que não excedentes ao valor do próprio prédio instituído, à época de sua instituição (CC, arts. 1.712 e 1.713). Nesse caso, os valores deverão ser devidamente individualizados no instrumento de instituição, sendo possível confiar a administração de tal importância pecuniária à instituição financeira, além de disciplinar a respectiva forma de renda aos beneficiários.

Nesse ponto, vale invocar a esclarecedora observação de MARCIONE PEREIRA DOS SANTOS, destacando que a ampliação do bem de família convencional oriunda da Codificação pátria “permite ao instituidor destinar à família ou entidade familiar meios de prover a própria subsistência”.<sup>99</sup>

No entanto, importante repisar a limitação estabelecida pelo art. 1.711 da Lei Civil, que restringe o benefício, impondo que o valor do bem instituído não ultrapasse a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, sem prejuízo, é claro, da proteção do bem de família legal. Em outras palavras, o bem de família instituído voluntariamente não pode ter valor superior a um terço do patrimônio líquido do instituidor, no momento da sua estipulação. Excedida tal limitação, não produzirá efeitos a instituição,<sup>100</sup> podendo o bem ficar submetido à proteção da lei do bem de família involuntário se servir como residência do núcleo familiar.

<sup>98</sup> A expressão *valores mobiliários* abarca os créditos por dinheiro, ações, debêntures, obrigações, títulos negociáveis etc., consoante observação de ANTONIO CÉZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil e o novo Direito de Família*, op. cit., p. 202.

<sup>99</sup> SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de Família: voluntário e legal*, op. cit., p. 119.

<sup>100</sup> Vale trazer à liça a crítica contundente do paraense ZENO VELOSO disparando que do modo como está posto no Código Civil o bem de família “só poderá ser utilizado pelos abastados, pelos ricos, pelos que forem donos de muitos prédios, pois o que for instituído como bem de família não pode ultrapassar um terço do patrimônio líquido. Quem possuir apenas um imóvel não poderá instituí-lo como bem de família” (apud LIMA DA FONSECA. *O Código Civil e o novo Direito de Família*, op. cit., p. 219).

### 6.3.3 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família voluntário

Existem algumas exceções à regra de que o bem de família voluntário é impenhorável, estando elencadas no art. 1.715 da Codificação Reale.

Desse modo, é possível penhorar o bem de família instituído pelos titulares para o pagamento de dívidas oriundas de *tributos relativos ao próprio prédio* (como o IPTU ou o ITR) ou ainda de *despesas condominiais*. Os arts. 70 e 71 do Código Civil de 1916 tinham redação mais restritiva, mencionando, apenas, a possibilidade de penhora para fins de pagamento de tributos relativos ao prédio.

Quanto ao eventual saldo resultante da execução pelas dívidas mencionadas acima, é intuitivo notar que será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução a ser tomada pelo magistrado.

Vale o registro de que outras exceções, previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/90, são exclusivamente incidentes no regime do bem de família legal, não se aplicando à sistemática do bem de família convencional, que, por sua vez, somente admite temperamentos nos dois únicos casos aqui registrados, decorrentes do art. 1.715 da Lei Civil.

### 6.3.4 Legitimação para a instituição do bem de família convencional

Coadunando-se com a Magna Carta, o Código Civil permite, e não poderia ser diferente, a instituição do bem de família convencional não apenas pelo marido, mas sim pelo casal, como se extrai da simples leitura do seu art. 1.711.

Afirme-se, por oportuno, a *desnecessidade de outorga do cônjuge* para a instituição do bem de família, considerando que o instituto “não representa uma alienação ou gravação”, mas, ao revés, “um benefício constituído em prol do grupo familiar”, como bem percebe MARCIONE PEREIRA DOS SANTOS.<sup>101</sup> Aliás, não seria demais lembrar que o conteúdo do art. 1.645 da Lei Civil é de clareza meridiana, indicando a necessidade de outorga do consorte apenas para a alienação ou oneração de bens imóveis, deixando antever a desnecessidade de consentimento para a instituição do bem de família.

Elastecendo a legitimidade para a instituição do bem de família convencional, veio a legislação a permitir que também o terceiro possa instituí-lo, como se nota dos arts. 1.711, parágrafo único, e 1.714 do *Codex*. A instituição pode se dar por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, dependendo a eficácia do ato, nesse caso, da aceitação expressa dos cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada (os companheiros na união estável e o ascendente na família monoparental, exemplificativamente).

Em qualquer caso, exige-se o registro do título no Cartório de Imóveis, a fim de que seja dada a necessária publicidade ao ato.

<sup>101</sup> SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de Família: voluntário e legal*, op. cit., p. 84.

### 6.3.5 Duração

Questionamento importante há de ser apresentado: a dissolução da sociedade conjugal, em vida ou por morte, teria o condão de extinguir o bem de família convencional? A resposta é simples: não há extinção do bem de família pela dissolução da entidade familiar (CC, art. 1.721).

Nos precisos termos do art. 1.716 da Lei Civil, mantendo o regramento da Codificação revogada, a isenção das execuções por dívidas posteriores à instituição do bem de família (sendo, portanto, ineficaz o bem de família voluntário em relação às dívidas existentes antes da instituição) durará enquanto tiver vida um dos cônjuges ou, na falta deles, até a maioridade civil da prole.

Completando essa regra, o art. 1.722 do Código de 2002 acrescenta que o bem de família extingue-se com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não estejam sujeitos à curatela, apresentando hipótese de prorrogação da proteção patrimonial.

Registre-se, de qualquer forma, que, se a dissolução da entidade familiar for em razão da morte de um dos componentes, o sobrevivente poderá pleitear a extinção do bem de família, caso seja o único bem do casal (CC, art. 1.721, parágrafo único).

### 6.3.6 A questão da solvência do instituidor

Vale esclarecer, por oportuno, que a lei não exige do instituidor a comprovação do seu estado de solvência quando da constituição do seu bem de família convencional. A solvência do mesmo é presumida.<sup>102</sup>

Surge, então, interessante questionamento: como fica a situação jurídica do credor do instituidor, que já tem o crédito assegurado no momento da instituição? A resposta é simples. A instituição do bem de família voluntário é *ineficaz*<sup>103</sup> em relação aos credores que o titular tenha no momento da constituição. Isto é, existindo dívidas anteriores à instituição, contra elas não poderá ser objetada a impenhorabilidade voluntariamente gravada, evitando, inclusive, eventual fraude.

### 6.3.7 O Ministério Público e o bem de família

No ordenamento anterior não havia previsão de intervenção do Ministério Público com relação ao bem de família. Com o advento do Código Civil de 2002, no entanto, o *Parquet* passou a ter atuação no bem de família convencional, consoante previsão expressa dos arts. 1.717 e 1.719.

<sup>102</sup> Assim, MARCIONE PEREIRA DOS SANTOS. *Bem de família: voluntário e legal*, op. cit., p. 88.

<sup>103</sup> Comungando com esse entendimento, ALVARO VILLAÇA AZEVEDO. *Bem de família*, op. cit., p. 101, e LEONI LOPES DE OLIVEIRA, esclarecendo esse doutrinador: “Mesmo que o instituidor tenha dívidas, poderá instituir determinado imóvel como bem de família. A existência de dívida não impede a instituição, nem a invalida, mas, em relação às dívidas anteriores à instituição, não se pode alegar a impenhorabilidade” (*Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 460).

Quando os interessados pretenderem extinguir o bem de família instituído (prédio ou valores mobiliários), deverão levar o pleito ao juiz de família que, apreciando a justificação apresentada, poderá determinar a alienação do bem, após ouvir o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*).

Por igual, também deverá ser ouvido o órgão promotorial quando, em decorrência da impossibilidade de manutenção do bem de família, os interessados formularem pedido ao juiz de sua extinção ou de sub-rogação dos bens que o constituem em outros.

Como se verifica, não se subordinou a atuação ministerial em matéria de bem de família à presença de incapazes ou disposição de última vontade, transcendendo as latitudes do art. 82 do Código de Processo Civil, para afirmar que haverá a sua intervenção de modo obrigatório em discussões judiciais relacionadas à alienação, extinção ou sub-rogação do bem de família. É possível ir mais longe um pouco: o sistema adotado indica a imperativa atuação do Promotor de Justiça em todo e qualquer processo que trate de bem de família, pois se intervirá quando se discuta o bem de família voluntário, com mais razão ainda deverá atuar nas causas que envolvam bem de família legal, já que ao *Parquet* incumbe, segundo o texto constitucional (art. 127), velar pela fiel efetivação da ordem jurídica.

Exemplos típicos de discussões judiciais sobre o bem de família podem ser percebidos nos embargos de terceiros, nas exceções de pré-executividade ou mesmo nos embargos do devedor.

Em qualquer hipótese, a falta de intimação do órgão do Ministério Público para que se manifeste (livremente) sobre o pedido relacionado ao bem de família conduz à fatal nulidade do processo,<sup>104</sup> como reza o art. 246 do Código de Processo Civil.

## 6.4 O bem de família legal

### 6.4.1 Noções conceituais e a proteção do bem de menor valor

A Lei nº 8.009/90 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 143/90) criou, entre nós, uma nova forma de impenhorabilidade do bem de família (sem revogar o sistema do bem de família convencional). É o bem de família legal, cuja proteção é a impenhorabilidade, independentemente de ato de vontade do titular.

Com a referida norma, os dois regimes passaram a coexistir simultaneamente, um *legal*, o outro *convencional*.

O art. 1º da Lei nº 8.009/90 indica que o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar (união estável) é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos

<sup>104</sup> De qualquer forma, vem sendo sedimentado em nossos Pretórios o entendimento de que “a não intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição pode ser suprida pela intervenção da Procuradoria de Justiça (órgão do Ministério Público junto aos Tribunais) perante o Colegiado de segundo grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem arguir prejuízo, nem alegar nulidade” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 5469, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.10.1992, *BolAASP* 1785: 100). Registre-se que o referido posicionamento é, de fato, digno de aplausos, coadunando-se com o princípio da instrumentalidade do processo, não sendo crível que se possa declarar alguma nulidade sem que dela decorra prejuízo.



cônjuges ou pelos pais e filhos que sejam proprietários e nele residam, salvo previsão específica de lei.

Esse regime protetivo do bem de família ganha contornos ainda mais nítidos com a regra constitucional da *garantia do domicílio como direito social* (art. 6º, CF/88), passando a decorrer da própria afirmação do patrimônio mínimo da pessoa humana.

Na hipótese de o proprietário possuir mais de um imóvel, considerar-se-á bem de família o de menor valor, nos termos da legislação aplicável, ainda que esteja residindo em outro, mais valioso. Nessa hipótese, para que possa ver reconhecida a proteção ao imóvel onde reside (ou a outro imóvel de sua preferência), deverá se valer do procedimento da lei civil, instituindo o bem de família voluntariamente, desde que não ultrapasse um terço de seu patrimônio líquido no momento da instituição, como visto alhures. Justifica-se, assim, a manutenção do sistema do bem de família voluntário, depois do advento da Lei nº 8.009/90.

Todavia, não se olvide que uma interpretação construtiva do Decreto-lei nº 3.200/41, especificamente de seu art. 19, resulta no reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel mais valioso do devedor se nele já fixou sua residência há mais de dois anos.<sup>105</sup> Assevera, nesse passo, RICARDO ARCOVERDE CREDIE que compreender a lei de forma restritiva (isto é, limitando a ter o imóvel de menor valor, sempre, como o bem protegido) não atende ao sentido social ou econômico da norma, desatendendo à finalidade e desconsiderando a evolução social nos últimos anos de elaboração jurídica.<sup>106</sup>

A lei deve ser entendida de forma consentânea com a realidade viva, presente, obstando interpretações dissonantes do nosso tempo e espaço atuais. Por isso, é preciso asseverar, até mesmo em respeito à igualdade constitucional, a proteção efetiva do imóvel que efetivamente serve de residência ao devedor, independentemente do seu valor, salvo se instituído fraudulentamente.

#### 6.4.2 Alargamento do objeto

A impenhorabilidade legal do bem de família atinge não apenas o imóvel, mas também suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos (inclusive profissionais), além de acobertar os móveis que guarnecem o lar, desde que quitados (art. 1º, Lei nº 8.009/90).

Vê-se, pois, um alargamento do objeto de proteção, em relação ao bem de família convencional.

Apenas não estão alcançados pelo regime de impenhorabilidade legal, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.009/90, “os veículos de transporte,<sup>107</sup> obras de arte e adornos suntuosos”, que poderão ser penhorados para o pagamento das dívidas do titular.

<sup>105</sup> Contrariamente, entendendo que a impenhorabilidade recairá necessariamente no bem de menor valor quando o devedor possuir mais de um, MARCIONE PEREIRA DOS SANTOS. *Bem de família: voluntário e legal*, op. cit., p. 223.

<sup>106</sup> CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de Família: teoria e prática*, op. cit., p. 165-166.

<sup>107</sup> Já se entendeu que “sob a cobertura de precedentes da Corte que consideram bem de família aparelho de televisão, videocassete e aparelhos de som, tidos como equipamentos que podem ser mantidos usualmente

No que concerne ao alcance da expressão *adornos suntuosos*, não é demais realçar o entendimento pelo qual são impenhoráveis não apenas os bens indispensáveis à moradia, mas, igualmente, aqueles que usualmente integram uma residência. Abraçando esse entendimento, já teve oportunidade a jurisprudência de asseverar: “Ao interpretar a Lei nº 8.009, de 1990, no que concerne à impenhorabilidade do bem de família, este Tribunal, tendo em vista o objetivo maior, qual seja, de proteger bens patrimoniais familiares essenciais à habitabilidade condigna, ampliou o alcance dos objetos excluídos da penhora, incluindo a geladeira, a televisão e outros aparelhos. Na mesma trilha de compreensão, evidentemente não haveria de se excluir a máquina de lavar roupa, bem indispensável hodiernamente ao guarnecimento da casa, não devendo escapar da proteção da impenhorabilidade, tomada esta no verdadeiro sentido social pretendido pelo legislador” (STJ, Ac. 1ª T., REsp. 14.116-0/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 18.9.1997, *DJU* 20.10.1997).

Firme nesse sentido, a jurisprudência pátria já teve oportunidade de dar aval à impenhorabilidade, além da televisão<sup>108</sup> e da geladeira<sup>109</sup> acima citadas, aos eletrodomésticos,<sup>110</sup> ao aparelho de som,<sup>111</sup> ao forno de micro-ondas,<sup>112</sup> ao freezer,<sup>113</sup> ao exaustor de fogão, ao ar-condicionado, ao computador e à máquina de lavar roupas, entendendo-os como essenciais à dignidade humana no mundo moderno.

Irretocável, pois, a posição jurisprudencial em compreender elasticamente os objetos necessários à dignidade humana na contemporaneidade, de modo a adequar a vida humana aos novos contornos e exigências sociais: “Devem os bens móveis do devedor, tais como, secadora de roupas, forno de microondas, forno elétrico, freezer e ar-condicionado, ser considerados insuscetíveis de penhora, porquanto não se tratam de adornos suntuosos, mas de objetos úteis e indispensáveis à sobrevivência e dignidade da pessoa humana” (TJ/RS, Ac. 9ª Câm. Cív., Agr. Instr. 70007173727 – Comarca de Candelária, Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 18.9.2003).

---

por suas características. A bicicleta, porém, não é bem de família, sendo meio de transporte, mais bem situada na vedação do art. 2º da Lei nº 8.009/90” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 82.067/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.6.1997, *RSTJ* 103: 209).

<sup>108</sup> “A televisão que guarnece a casa do executado é instrumento de lazer, portanto, bem de família. Impenhorabilidade. Jurisprudência pacífica” (STJ, Ac. 1ª Secção, Agr. Reg. em Div/REsp. 11.114-2/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 11.2.1997, *DJU* 1.6.1998).

<sup>109</sup> Nesse sentido, “1. Na finalidade social que emerge da interpretação da Lei n. 8.009/90, este Egrégio Tribunal pacificou o entendimento que geladeira e aparelho televisor não são objetos de natureza suntuária. 2. Objetivo maior do legislador é a proteção da família, fundamento do Estado, não do devedor. 3. Precedentes. 4. Recurso não conhecido” (STJ, Ac. 2ª T., REsp. 20.123-2/SP, Rel. Min. Franciulli Neto, j. 28.3.2000, *DJU* 2.5.2000).

<sup>110</sup> Há precedente no sentido de que “os eletrodomésticos não são propriamente objetos suntuosos ou de arte, constituindo-se em aparelhos de real utilidade para a família como um todo, inclusive no que concerne ao lazer” (STJ, Ac. 2ª T., REsp. 20.938-9, Rel. Min. Peçanha Martins, j. 18.4.2000, *DJU* 26.6.2000).

<sup>111</sup> Com esse entendimento, STJ, Ac. 4ª T., REsp. 68.213/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 17.10.1995, *DJU* 18.12.1995.

<sup>112</sup> Assim, STJ, Ac. 4ª T., REsp. 218.882/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 2.9.1999, *DJU* 25.10.1999.

<sup>113</sup> Consulte-se, a respeito, STJ, Ac. 4ª T., REsp. 130.390, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 14.10.1997, *DJU* 14.11.1997.

Com esse espírito ampliativo, inclusive, há de se reconhecer, também, a impenhorabilidade do computador para fins domésticos, cuja utilização na pós-modernidade tornou-se de tal modo habitual e necessária que permite afastar o caráter de suntuosidade.<sup>114</sup>

Também se tem estendido a impenhorabilidade do bem de família à linha telefônica, consoante orientação jurisprudencial: “O manto da impenhorabilidade dos bens residenciais consagrados no bojo da Lei nº 8.009/90, diploma de eficácia geral e imediata, abrange não somente os móveis indispensáveis e essenciais à guarnição da habitação do devedor com um mínimo de dignidade, como também os que habitualmente integram a residência, destinados à utilização prática do diaadia, excluídos apenas os objetos supérfluos de luxo ou suntuosos. Esta Corte, prestigiando o cunho social de alta relevância contido na referida lei, construiu o pensamento de que a linha telefônica, equipamento de grande utilidade que integra grande parte das habitações familiares, não pode ser tida como objeto de adorno ou de luxo, imune, portanto, a qualquer constrição judicial” (STJ, Ac. Unân., 6ª T., REsp. 16.069-5/RS, Rel. Min. Vicente Leal, j. 5.3.1998).<sup>115</sup>

É importante ressaltar que, tendo sido concebida a impenhorabilidade para conferir funcionalidade ao lar, se a residência é guarnecida com vários utilitários de mesma espécie, a impenhorabilidade somente incidirá sobre uma unidade de cada bem, sendo possível a penhora do que lhe exceder.<sup>116</sup>

Nessa trilha, convém ressaltar que eventuais bens ou equipamentos que não guarneçam a residência familiar não estarão abarcados no espectro protetivo, não sendo possível estender o manto sagrado da lei para tutelar bens destinados à exploração econômica – conquanto possam estar assegurados por outro dispositivo legal.<sup>117</sup>

Outrossim, é relevante assinalar que, após a vigência da Lei nº 11.382/06 (que alterou a redação do art. 649 do Código de Processo Civil), *é possível promover a penhora*

<sup>114</sup> A jurisprudência já teve oportunidade de consagrar esse entendimento: “A Lei nº 8.009/90 fez impenhoráveis, além do imóvel residencial próprio da entidade familiar, os equipamentos e móveis que o guarneçam, excluindo veículos de transporte, objetos de arte e adornos suntuosos. O favor compreende o que usualmente se mantém em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitável. Devem, pois, em regra, ser reputados insuscetíveis de penhora aparelhos de televisão e de som, microondas e videocassete, bem como o computador, que, hoje em dia, corriqueiro e largamente adquirido como veículo de informação, trabalho, pesquisa e lazer, não pode igualmente ser considerado adorno suntuoso” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 150.021/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.2.1999, DJU 19.4.1999).

<sup>115</sup> Excepcionalmente, apenas, tem sido tolerada a penhora da linha telefônica para pagamento de dívida decorrente do uso da mesma, quando “o devedor não vem cumprindo com sua obrigação junto à companhia telefônica” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 154261/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 18.11.1999, DJU 13.3.2000).

<sup>116</sup> Nessa esteira, STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 109.351/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22.10.1998: “Se existem, na residência, vários aparelhos de televisão, a impenhorabilidade protege apenas um deles”.

<sup>117</sup> Materializando esse entendimento, afirmou-se em sede pretoriana que não se autoriza “estender o conceito de bem de família para equipamentos utilizados na exploração econômica de área rural, embora possam ser esses bens protegidos por outra legislação. No caso dos autos, as máquinas penhoradas são de grande porte e certamente não integram o conjunto residencial do executado e da embargante, ou de sua família, razão pela qual não pode ser acolhida a declaração de imunidade pelo fundamento invocado” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 218747/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.11.1999, DJU 21.2.2000).

*dos utensílios e bens que guarnecem o lar de elevado valor ou que ultrapassem o que é necessário para manter um padrão médio de vida. Parece-nos ser a concretização da teoria do patrimônio mínimo, consagrando que a efetiva proteção de lei deve se dirigir àquilo que é necessário para viver dignamente*, não podendo, nessa medida, proteger bens supérfluos. Dessa forma, poderá ser penhorada uma televisão de plasma, de alto valor pecuniário, ou mesmo uma adega climatizada para vinhos. Se é certo que a pessoa humana do devedor precisa de proteção mínima, fundamental, para assegurar a sua dignidade, não menos certo é que o credor também merece proteção, de modo a resguardar a sua própria dignidade. Assim é que o escopo do ordenamento jurídico é proteger os bens do devedor naquilo que for necessário para resguardar uma vida digna, não estando abarcado aquilo que excede o limite de um padrão médio de vida. É claro que somente no caso concreto será possível inferir qual o padrão médio de cada pessoa, sofrendo, naturalmente, variações de um devedor para outro e de um lugar para outro.

Merecem referência, demais de tudo isso, algumas situações específicas, que também estão acobertadas pela impenhorabilidade legal: (i) a *posse de imóvel residencial*, quando o possuidor demonstrar que o imóvel possuído é bem de família, também está encartada na proteção;<sup>118</sup> (ii) o *imóvel em construção*, por igual, é impenhorável, pois se considera antecipadamente bem de família, consoante interpretação finalística e valorativa dos Pretórios brasileiro;<sup>119</sup> (iii) a *garagem*, uma vez que integra – como qualquer outra parte – a unidade habitacional,<sup>120</sup> salvo quando considerada autonomamente, admitida a sua penhora quando estiver individualizada como uma unidade autônoma, no Registro de Imóveis.<sup>121</sup> Sobre o assunto, inclusive, foi editada a Súmula 449 do Superior Tribunal de Justiça, incorporando cabalmente essa compreensão:

Súmula 449, Superior Tribunal de Justiça:

“A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”.

Também os *apartamentos unificados* devem ser interpretados construtivamente, “como uma só residência, desde que comprovada a utilização conjunta por único grupo familiar”, como preleciona RICARDO ARCOVERDE CREDIE.<sup>122</sup>

Por derradeiro, convém lembrar que o art. 649 do Código de Processo Civil, com a redação emprestada pela Lei nº 11.382/06, apresenta importante elenco de bens

<sup>118</sup> Com idêntico pensar, RICARDO ARCOVERDE CREDIE. *Bem de Família: teoria e prática*, op. cit., p. 50.

<sup>119</sup> A respeito, vale invocar: “Imóvel residencial próprio do casal é impenhorável. Demonstrado que o imóvel em construção tem finalidade residencial e que a executada não possui outro, residindo em apartamento alugado, faz jus ao benefício da Lei nº 8.009/90, que o protege da penhora” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., REsp. 96.046/SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU 28.6.1999).

<sup>120</sup> Esposando esse entendimento: “Penhora – Bem de família – Incidência sobre vagas na garagem integrante de imóvel residencial – Impossibilidade, por não constituir unidade autônoma, uma vez não possuir registro imobiliário próprio – Impenhorabilidade reconhecida” (1ª TACív.SP, Ac. Unân., 12ª Câmara, Ap. 682. 431/97, Rel. Juiz Paulo Eduardo Razuk, j. 10.4.1997, *BoLAASP* 2054: 120).

<sup>121</sup> O Superior Tribunal de Justiça também admite a penhora do “boxe de estacionamento, quando individualizado como unidade autônoma, no Registro de Imóveis” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 18.245-1/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 3.11.1998, DJU 14.12.1998).

<sup>122</sup> CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de Família: teoria e prática*, op. cit., p. 61.

móveis que, igualmente, estão isentos de penhora por dívidas do titular, estabelecendo serem *absolutamente impenhoráveis*: “I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; VI – o seguro de vida; VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X – até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança; XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. § 1º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem. § 2º O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia”.

Vale observar, em relação a essas hipóteses de impenhorabilidade, oriundas do Código de Processo Civil, que, identicamente, o juiz poderá conhecê-las de ofício por materializar o direito ao patrimônio mínimo da pessoa humana – que, sem dúvida, é matéria de ordem pública, devendo o magistrado garantir a dignidade do titular, cuja preservação é mandamento constitucional.

#### 6.4.3 Constitucionalidade do regime legal do bem de família

Malgrado a posição de alguns autores, contrária à adoção de um bem de família reconhecido por lei, independentemente de ato de instituição voluntária do próprio titular, não há qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 8.009/90.<sup>123</sup>

Sustentaram alguns que a lei viria a diminuir a proteção do crédito, o que prejudicaria o mercado e atingiria a própria pessoa que necessitasse de empréstimos, além de facilitar o descumprimento das obrigações. Não é verdade.

Efetivamente, há no bem de família legal uma ideia implícita de revisão axiológica: proteção da pessoa humana, em lugar da antiga tutela patrimonial.

Assim sendo, ao contrário de violar o Texto Constitucional, a lei do bem de família a ele está adaptada, sintonizada com a interpretação teleológica para a aplicação concreta dos princípios da dignidade humana, da solidariedade social e da igualdade substancial,

<sup>123</sup> A matéria foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal exatamente com esse entendimento: STF, Ac. 2ª T., RE 179768/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.6.1996, DJU 24.4.1998, p. 12, RTJ 176: 919.

além da erradicação da pobreza (CF/88, arts. 1º, 3º e 5º).<sup>124</sup> Especialmente depois do reconhecimento, no art. 6º da Carta Maior, do direito social à moradia, privilegiando as situações jurídicas fundamentais da pessoa humana.

#### 6.4.4 Característica do bem de família legal

Enquanto do bem de família voluntário decorrem *inalienabilidade e impenhorabilidade*, nos termos da Lei Civil, o bem de família legal, regulado pela Lei nº 8.009/90, gera, apenas, a *impenhorabilidade*, não respondendo pelas dívidas civis, trabalhistas, comerciais, fiscais, previdenciárias e de qualquer outra natureza.

Não poderia ser diferente, afinal não seria crível pudesse a norma legal impedir a livre disposição (alienação) do bem por parte de seu titular.

#### 6.4.5 A extensão da impenhorabilidade somente aos bens de valor médio necessários a uma vida digna. A (im)possibilidade de penhora do imóvel único de elevado valor

É certo e incontroverso que a regra geral de nosso sistema é a impenhorabilidade do *imóvel que serve de lar para a pessoa humana, e a sua família* e dos *bens móveis que guarnecem* esse lar, como se depreende da simples – e ainda que perfunctória – leitura do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/90,<sup>125</sup> a conhecida Lei do bem de família.

Trilhando pelas pegadas do citado dispositivo, o inciso II do art. 649 do Código de Processo Civil, com a redação emprestada pela Lei nº 11.382/06, confirma a impenhorabilidade dos bens móveis e utilidades domésticas, porém implanta uma significativa alteração na regra da sua impenhorabilidade. Giza *in litteris*:

Art. 649, Código de Processo Civil:

“São absolutamente impenhoráveis:

<sup>124</sup> Já houve manifestação jurisprudencial acolhendo a tese aqui defendida da constitucionalidade da Lei do Bem de Família, tendo assinalado o Ministro NILSON NAVES que “realmente o devedor, em época afastada, respondia com o próprio corpo pelas dívidas contraídas. Assim, para obter o empréstimo dos três mil ducados de que necessitava o seu amigo Bassânio para cortejar a jovem e bela Pórcia de Belmonte, Antonio (mercador de Veneza) acedeu ao estipulado, a título de garantia, pelo prestador Shylock, a saber, uma libra de carne, se não fosse efetuado o pagamento do empréstimo, cortada do seu corpo ao agrado do credor [...] Ao final de tudo, aquilo que, na comédia shakesperiana, parecia uma tragédia acaba bem, menos, certamente, para Shylock, mas graças à sabedoria de um juiz, no tribunal de Veneza. Mas, para o bem-estar de todos nós, foi-se esse tempo! Responde, agora, o devedor com o seu patrimônio. Di-lo o art. 591 do nosso CPC [...] Portanto, compete à lei, e lei ordinária, descrever os bens que não respondem pelo cumprimento das obrigações, por exemplo, tal o contido nos arts. 649 e 650 do estatuto processual, ou, ainda, por exemplo, a própria Lei nº 8.009/90. Logo, tal lei não merece a coima que se pretende imputar. Afinal, qual o preciso texto constitucional que se encontra contrariado? Ao que penso, nenhum [...] Continua o devedor a responder, para o cumprimento de suas obrigações, com o seu patrimônio e, confira-se, até o patrimônio futuro, admitida a restrição, em lei” (RSTJ 32: 466).

<sup>125</sup> O parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/90 estende a proibição de penhora a “todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”. Em sequência bastante lógica e coerente, o art. 2º do mesmo Diploma Legal exclui da impenhorabilidade, no entanto, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.



[...]

II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarneçam a residência do executado, *salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.*”

Pois bem, com o advento da referida norma legal, é inexorável a conclusão de que a *impenhorabilidade do bem de família legal*, no que tange aos bens móveis que guarneçam o lar (protegidos pela sistemática da Lei nº 8.009/90), somente alcança o que for necessário para manter um *padrão médio de vida digna*, consoante orientação do art. 649 do Código de Processo Civil.

Trata-se, é certo, da *concretização da teoria do patrimônio mínimo*, consagrando que a efetiva proteção de lei deve se dirigir ao que é necessário para viver dignamente, não podendo, nessa medida, proteger bens supérfluos. Aliás, em se tratando de bem de elevado valor, não se justificaria a proteção por já não mais encontrar fundamento na tutela da dignidade do titular.

Ou seja, o dispositivo processual indicado louva-se, a toda evidência, na teoria do patrimônio mínimo, conectando-se, diretamente, na dignidade da pessoa humana, resguardada constitucionalmente. Em sendo assim, é possível promover a penhora dos utensílios e bens móveis de elevado valor ou que ultrapassem o que é necessário para manter um padrão médio de vida.

Por evidente, somente em cada caso concreto será possível inferir qual é o padrão médio de cada pessoa, de modo a reconhecer se os seus bens são, ou não, de padrão médio. Nesse diapasão, sublinha ELPÍDIO DONIZETTI que, não havendo parâmetros indicados no texto legal, “cabe ao juiz, em face do caso concreto, sobretudo levando-se em conta as condições das pessoas envolvidas na execução, definir o que deva ser excluído da impenhorabilidade”. E arremata o emérito magistrado mineiro: “Um frigobar, instalado na suíte do casal, é penhorável; a geladeira de médio padrão, que garante a cozinha da residência, não o é”.<sup>126</sup> Em sede doutrinária, advoga-se, também, a possibilidade de penhora de aparelhos de ar-condicionado que são verdadeiras peças de *design*, móveis antigos que se transformam em peças de decoração, faqueiro de prata e adega climatizada, dentre outros bens.<sup>127</sup>

Entrementes, segundo disposição expressa do texto legal mencionado (CPC, art. 649), a possibilidade de penhora de bens de elevado valor se restringe aos móveis, não alcançando os imóveis, que restariam protegidos integralmente, mesmo que de elevado valor.

Isso decorre de veto presidencial ao projeto de lei que permitia a penhora de bens móveis e imóveis de elevado valor, apresentado nos seguintes termos: “O projeto de lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais

<sup>126</sup> DONIZETTI, Elpidio. *O novo processo de execução*, op. cit., p. 262.

<sup>127</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 552.

liberais. Na sistemática do projeto de lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários-mínimos líquidos. Acima deste valor, quarenta por cento poderá ser penhorado. A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário-mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, da remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Na mesma linha o projeto de lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários-mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009/90, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia sobre a matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito, mediante o veto ao dispositivo”. Dessa maneira, apesar de reconhecer a *razoabilidade do projeto de lei*, com esteio na *tradição jurídica* entendeu o Presidente da República que o imóvel que serve como bem de família deve ser considerado absolutamente impenhorável, independentemente de seu valor.

Buscando, porém, uma interpretação principiológica, partindo da força normativa dos princípios (e, em especial, dos princípios constitucionais), é de se refletir quanto à garantia de acesso à ordem jurídica justa e efetiva, decorrente do art. 5º, XXXV, da *Lex Mater*, e, com isso, aventar a possibilidade de penhora de imóveis (ou mesmo salários) de elevado valor.

É que, não havendo outros bens penhoráveis (móveis ou imóveis) pertencentes ao devedor, restará inviabilizada a tutela jurisdicional, caso não seja possível ao credor penhorar um imóvel de elevado valor do executado, o que, a toda evidência, excede o conceito de padrão médio de vida digna. Nesse caso, ao cancelar a proteção do vultoso patrimônio de um devedor abastado, o Estado estará abandonando o credor, deixando-o à míngua, com a frustração de seu crédito, apesar de o devedor possuir um vasto patrimônio.<sup>128</sup>

Endossando a tese, SÉRGIO CRUZ ARENHART assevera que “não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens (imóveis de alto valor) inviabilizaria a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia do amplo acesso à Justiça”.<sup>129</sup>

Acrescente-se a isso que não haverá, na hipótese de penhora de imóvel de elevado valor, afronta à garantia de proteção de patrimônio mínimo (e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa do devedor) por conta de seu valor elevado e, igualmente, porque

<sup>128</sup> Com o mesmo pensar, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ponderam que “ao cancelar a intangibilidade do patrimônio do devedor rico, o Estado abandona o cidadão sem fundamentação constitucional bastante” (*Execução*, op. cit., p. 256).

<sup>129</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários”, op. cit., p. 529.

será resguardado para o executado um mínimo necessário à manutenção de um padrão médio de vida, dedicando-se a ele uma parcela do valor apurado.

Não é despreciando encalamistrar, inclusive, que a penhora de bens imóveis de alto valor independe do veto presidencial e, por conseguinte, da ausência de norma legal. É que o fundamento, a *ratio essendi*, da possibilidade de penhora de imóveis de elevado valor reside na aplicação direta de princípios constitucionais, em especial a efetivação da dignidade da pessoa humana, da efetividade da atuação jurisdicional e da razoabilidade. Aliás, no que tange à *proteção avançada da dignidade humana*, não se olvide a necessidade de uma compreensão ampla, levando em conta não somente a dignidade do devedor, mas, por igual, a dignidade do credor. Ademais, em se tratando de imóvel de vultoso valor, não se pode afirmar que a sua intangibilidade decorreria da dignidade de seu titular. Por outro turno, é fácil perceber que obstar a penhora de bens de alto valor viola, frontalmente, a *efetividade da prestação jurisdicional*, na medida em que se confere proteção insuficiente ao direito fundamental (e constitucionalmente assegurado – CF, art. 5º, XXXV) de ação, impedindo a sua efetividade. Outrossim, a proibição de penhora de bem imóvel de elevado valor afronta a *razoabilidade* por não guardar proporcionalidade entre o bem jurídico salvaguardado (o direito a um patrimônio vasto, excedendo o limite do necessário a um padrão médio de vida digna) e o bem jurídico sacrificado (a pretensão do credor).<sup>130</sup> Não é razoável permitir que o devedor mantenha um alto padrão de vida, com conforto e comodidade excessivos, em detrimento de seus credores que, não raro, sofrem um comprometimento de sua dignidade.<sup>131</sup>

Em síntese apertada, porém completa, é lícito asseverar que a impenhorabilidade de determinados bens (CPC, art. 649) tem como limite a proteção da dignidade da pessoa do devedor, sem sacrifício da dignidade do credor, limitando-se, então, aos bens necessários à manutenção de um padrão médio de vida digna, inclusive no que tange aos bens imóveis.

Em se tratando, pois, de bem imóvel de elevado valor, é possível, em casos concretos e específicos, por ponderação de interesses, a sua penhora, de modo à satisfação do crédito, resguardando ao devedor um valor mínimo, básico, necessário à aquisição de um imóvel de valor médio para um padrão de vida digna.

É claro que o conceito de *elevado valor* somente pode ser alcançado no caso concreto, ponderando-se os mais diversos fatores intrínsecos a cada pessoa.

A outro giro, também é conveniente registrar que a possibilidade de penhora do bem imóvel único de alto valor depende da comprovação de absoluta ausência de outros bens penhoráveis, apresentando-se, pois, com evidente feição residual. E mais: depende, ainda,

<sup>130</sup> Não se ignore, inclusive, que o próprio veto presidencial chegou a afirmar ser “difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário-mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar”, o que é perfeitamente aplicável aos bens imóveis de alto valor e que, por conseguinte, não podem ser enquadrados na proteção do patrimônio mínimo.

<sup>131</sup> Na doutrina lusitana, JOSÉ ALBERTO DOS REIS detectou a existência de um “*desequilíbrio manifesto entre o interesse do credor e do devedor*”, ao se permitir a este “manter o seu teor de vida”, apesar de “não pagar aos credores as dívidas que contraiu” (apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Reforma do CPC 2*, op. cit., p. 202).

da comprovação de que a *necessidade do credor* justifica a *flexibilização da proteção dedicada por lei ao devedor*. Isso porque a regra geral do sistema, sem a menor sombra de dúvidas, é a *impenhorabilidade do bem de família, seja qual for o seu valor econômico*.

E, bem por isso, a partir dessa aplicação direta de princípios constitucionais, importa defender a efetiva possibilidade de, em casos concretos (e nunca abstratamente!), penhorar o imóvel único *de elevado valor*, pertencente ao devedor.

Em posição ainda refratária, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça vem negando a possibilidade de penhora do bem de família de elevado valor, promovendo uma compreensão restritiva e literal da legislação pertinente à matéria. Vale a pena conferir a posição da Corte Superior:

“V – Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, e de acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.009/90, *basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem*. VI – O art. 3º da Lei nº 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, *não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão*. Precedente da eg. Quarta Turma”

(STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.178.469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.10.2010, DJe 10.12.2010).

A respeito do tema, aguarda-se para o futuro uma alteração do entendimento da Corte Superior de Justiça – a quem compete a derradeira interpretação em matéria de direito infraconstitucional –, utilizando-se a técnica de superação do precedente judicial (*overruling*), ao perceber um superveniente argumento cuja pertinência e argumentação se apresentam mais densas ao caso *sub occulis*. Enfim, espera-se que se utilize a *técnica por meio da qual um precedente judicial perde a sua força persuasiva, sendo substituído (overruled) por um outro precedente (fixando um novo entendimento sobre o tema)*.<sup>132</sup>

De qualquer maneira, registre-se que somente através da técnica de ponderação de interesses (balanceamento) em casos concretos, nos quais se mostre justificável a penhora do bem de família do devedor (por conta do seu vultoso valor e considerada a peculiar situação pessoal, social e econômica do devedor), é que se autorizaria a mitigação da regra geral da impenhorabilidade legal, em nosso sentir.

Isso porque a técnica clássica de aplicação da norma jurídica através de *subsunção* – desenvolvida por um raciocínio lógico e padrão, através do qual a premissa maior, que

<sup>132</sup> Sobre a conceituação do *overruling*, explica, com precisão inglesa, THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE: “O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial (já estabelecido), mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente [...] O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não ocorrência de suas consequências no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita como precedente. O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta*” (Teoria do precedente judicial, op. cit., p. 387-388).

é a norma, incide sobre a premissa menor, que é o fato cotidiano, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto – não é suficiente para lidar com as situações que envolvem a colisão (concreta ou potencial) de direitos fundamentais, constitucionalmente contemplados. Assim, como consequência da natural exigência de uma interpretação conforme a Constituição, é necessária a utilização de técnicas capazes de produzir soluções que, operando multidirecionalmente, respeitem os mais diversos valores fundamentais presentes em cada conflito de interesses. A ponderação de interesses, assim, é uma técnica utilizada para dirimir tensões estabelecidas em razão do entrelaçamento de diferentes valores em casos concretos.

Cuidando especificamente da possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor, infere-se, com tranquilidade e segurança, que, afastadas as soluções apriorísticas (que, certamente, permitiriam desequilíbrio de valores constitucionais em determinadas hipóteses), o magistrado deverá, em cada caso concreto, ponderar qual dos valores vigentes merece proteção. Deve, assim, o juiz considerar se, à luz da casuística, merece proteção a intangibilidade do imóvel do devedor ou o direito perseguido pelo credor, harmonizando as garantias constitucionais. Por isso, permitir a penhora em uma determinada ação não implicará no necessário deferimento da constrição em outra demanda, cujos valores em disputa não sejam os mesmos e cujas partes também não sejam as mesmas.

Ou seja, impõe-se ao magistrado analisar a conveniência, razoabilidade e cabimento de cada penhora, ponderando os interesses em jogo, de modo a garantir a responsabilização patrimonial do devedor, sem sacrificar, no entanto, a sua dignidade.

Já há, inclusive, sobre o tema, um relevante precedente, na jurisprudência de piso, apoiado em argumentos semelhantes e chegando à mesma conclusão:

“BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – LEI 8.009/90 – IMÓVEL EM BAIRRO NOBRE – INCIDÊNCIA DA CONSTRIÇÃO – RESGUARDAR AO DEVEDOR NA ARREMATACÃO O VALOR DE UM IMÓVEL MÉDIO – POSSIBILIDADE.

A Lei 8.009/90 de cunho eminentemente social, tem por escopo resguardar a residência do devedor e de sua família, *assegurando-lhes condições dignas de moradia*; mas não pode o devedor servir-se do instituto do bem de família como meio para frustrar legítima pretensão de seus credores, subtraindo da execução imóvel de elevado valor, situado em bairro nobre, e como tal pode e deve ser ele objeto do arresto; devendo, no entanto, extrair, quando da venda ou arrematação, um valor que proporcione ao executado a aquisição de um imóvel de porte médio, no mesmo município de sua localização, *capaz de assegurar ao devedor e à sua entidade familiar condições de sobrevivência digna, mas sem suntuosidade*”

(TJ/MG, Ac. 11ª Câ. Cív., Agr. Instr. 1.0024.06.986805-7/005(1) – Comarca de Belo Horizonte, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 5.3.2008, *DJMG* 19.3.2008).

Sem dúvida, é o que se pode denominar de *precedente judicial criativo*, porque o magistrado estabeleceu, no caso concreto, uma compreensão baseada em cláusulas gerais (dignidade da pessoa humana e proteção do patrimônio mínimo), apresentando

a solução adequada ao caso concreto. Espera-se que sirva de baliza para casos símiles, afinal de contas, “o poder inovativo do tempo bem pode operar com tal rispidez, que não aguarde a passagem dos séculos para se manifestar”.<sup>133</sup>

Pelo fio do exposto, a partir desse balanceamento dos princípios vetores do tema, nota-se a possibilidade de, em casos concretos (e nunca abstratamente!), penhorar o imóvel único *de elevado valor*, pertencente ao devedor, com o registro do entendimento divergente do Superior Tribunal de Justiça.

#### 6.4.6 Exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal

Assim como o bem de família convencional, é importante ressaltar a existência de exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família legal, temperando a impossibilidade de submeter à execução o imóvel que serve de lar e os objetos que o guarnecem.

Justificam-se as exceções.

É que o fundamento da impenhorabilidade do bem de família legal é a proteção da dignidade do devedor e, por conseguinte, de seu patrimônio mínimo. No entanto, em determinados casos, a natureza especial da dívida não justifica a impenhorabilidade do bem, permitindo a sua regular execução, com o propósito de assegurar a dignidade do titular do crédito.

É o art. 3º da multicitada lei protetiva estabelecendo que a impenhorabilidade não produzirá efeitos quando se tratar de uma cobrança de: (i) *créditos de natureza trabalhista ou previdenciária de trabalhadores da própria residência*; (ii) *créditos financeiros destinados à construção ou aquisição do próprio imóvel*, mas não abrangidos os créditos destinados à reforma do imóvel; (iii) *pensão alimentícia*;<sup>134</sup> (iv) *impostos, taxas e contribuições devidas em função do imóvel*; (v) *execução de hipoteca que recaia sobre o próprio bem, dado voluntariamente em garantia pelos titulares, em prol do núcleo familiar*;<sup>135</sup> (vi) *valores decorrentes da aquisição do imóvel com o produto de crime ou para execução de sentença criminal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens*; (vii) *dívida de fiança concedida em contrato de locação*.

Como se pode notar, em linhas gerais, as excepcionais hipóteses autorizadoras da penhora do bem de família se justificam através da técnica de *ponderação de interesses*, uma vez que o pagamento das referidas dívidas se apresenta de grande valor, autorizando a penhora do bem.

O rol apresentado é, por óbvio, taxativo e deve ser interpretado restritivamente, não sendo possível o seu elastecimento para contemplar hipóteses não previstas expressamente pelo legislador.

<sup>133</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*, op. cit., p. 20-21.

<sup>134</sup> Somente os alimentos decorrentes do Direito de Família permitem a penhora do bem de família, prevalecendo a regra da impenhorabilidade quando se tratar de alimentos indenizatórios, fixados como forma de reparação civil. Nessa trilha, RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*, op. cit., p. 63.

<sup>135</sup> Permite-se a penhora do único bem do devedor se o imóvel foi “dado em garantia hipotecária da dívida exequenda”, como já vem sendo reconhecido pelos nossos Sodalícios (STJ, Ac. 3ª T., AgRgAgInstr.437.447/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.8.2002, DJU 25.11.2002, p. 233).



Merecem referência algumas situações específicas.

A primeira delas diz respeito à penhorabilidade do bem de família para o pagamento de dívida garantida com o próprio bem (hipoteca). Em tal hipótese, a toda evidência, não é possível elastecer a exceção da penhorabilidade para permitir a execução de outras dívidas. Ou seja, “a lei não torna penhorável o imóvel dado em garantia real, apenas preserva a execução do crédito garantido, não dos outros”, na ponderação do Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR.<sup>136</sup> Outro relevante detalhe é que a penhora do bem de família para o pagamento de dívida garantida com hipoteca, recaindo sobre o próprio bem, somente é possível se a obrigação foi contraída *em favor do núcleo familiar*. Ou seja, se a dívida não reverteu em favor da família, como um todo, o bem continua impenhorável, não se aplicando a exceção. A propósito, “o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a possibilidade de penhora do bem de família hipotecado só é admissível quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., AgReg 921.299/SE, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.11.2008, DJU 28.11.2008).

Outra questão de relevo concerne à penhorabilidade do bem de família para o pagamento de cotas condominiais. Depois de algumas controvérsias, restou pacificada a matéria, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser “passível de penhora o imóvel residencial da família, quando a execução se referir a contribuições condominiais sobre ele incidentes” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 15.252-0/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.2.1999, DJU 19.4.1999).<sup>137</sup> A justificativa adotada pela Corte Superior para a penhora do bem de família para pagamento de despesas condominiais repousa no fato de que “o vocábulo *contribuições* a que alude o inciso IV, do art. 3º, da Lei nº 8.009/90 não se reveste de qualquer conotação fiscal, mas representa, *in casu*, a cota-parte de cada condômino no rateio das despesas condominiais. Nesta circunstância, a obrigação devida em decorrência da má conservação do imóvel da recorrente há de ser incluída na ressalva do mencionado dispositivo” (STJ, Ac. Unân., 1ª T., REsp. 873.224/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2008, DJU 3.11.2008). Pois bem, modificando o nosso entendimento anterior, após reflexões mais acuradas à luz da normatividade constitucional, de fato, nos parece acertada a solução apresentada pela jurisprudência, permitindo a penhora do bem de família para o pagamento de despesas condominiais. É que a interpretação da citada norma tem de estar atenta à ideia de *dignidade humana* não somente do titular do imóvel, mas, por igual, de todos os demais condôminos que residem no mesmo condomínio e que se prejudicam pela reiterada falta de pagamento das despesas comuns por uma das unidades. Exatamente com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em favor da razoabilidade da penhora do

<sup>136</sup> Conforme trecho do voto proferido no julgamento do REsp. 84.592/PA, Ac. 4ª T., j. 25.3.1996, DJU 6.5.1996.

<sup>137</sup> Confirmando o caráter pacífico do entendimento no sentido de permitir a penhora do bem de família: “A jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido da possibilidade da penhora de imóvel que serve de residência à família do devedor para assegurar pagamento de dívida oriunda de despesas condominiais do próprio bem” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., AgRgAg 355145/SP, Rel. Min. Aldir Pas-sarinho Jr., j. 26.6.2001, DJU 19.11.2001, p. 286).

bem de família para pagamento de dívida condominial: “Não haveria que se falar em impenhorabilidade do imóvel, uma vez que o pagamento de contribuição condominial (obrigação *propter rem*) é essencial à conservação da propriedade, isto é, à garantia da subsistência individual e familiar – dignidade da pessoa humana”. Entendeu a Corte Maior que “a relação condominial tem natureza tipicamente de uma *relação de comunhão de escopo*, na qual os interesses dos contratantes são paralelos e existe identidade de objetivos, em contraposição à de intercâmbio, em que cada parte tem por fim seus próprios interesses” (STF, RE 439.003, Rel. Min. Eros Grau, j. 6.2.2007, DJU 2.3.2007). Coadunamos, pois, com a posição majoritária.<sup>138</sup>

Também merece referência o fato de que os créditos trabalhistas de empregados de condomínios edilícios não estão encartados na excepcional norma do inciso I do citado artigo de lei. É que os créditos dos trabalhadores de condomínios por unidades autônomas “são devidos pelo próprio condomínio (individualmente considerado), que arrecada de todos os condôminos os valores para os respectivos pagamentos”, como advoga RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS.<sup>139</sup> Outrossim, as contribuições previdenciárias que permitem a penhora do bem que serve de patrimônio mínimo do devedor são, tão somente, aquelas devidas à Previdência Social, não incluídas as contribuições devidas a planos de previdência privada. Além disso, é conveniente registrar que não estão albergados na exceção legal e, por conseguinte, não se permite a penhora do bem para pagamento de dívidas trabalhistas e previdenciárias de outros empregados eventuais que trabalham no âmbito do lar, como pintor, eletricista, pedreiro etc.<sup>140</sup>

Finalmente, há de ser afirmada a *evidente inconstitucionalidade do inciso VII do citado art. 3º da Lei nº 8.009/90*, acrescentado pela Lei nº 8.245/91 – Lei de Locações de Imóveis Urbanos, por violar o princípio da isonomia, tratando desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento.

De fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel urbano. É que os bens – móveis ou imóveis, eventualmente existentes – do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados, uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal, em conformidade com o art. 1º da lei protetiva. Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, art. 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja

<sup>138</sup> Em sentido inverso, minoritariamente, alguns autores, como REINALDO DE SOUZA COUTO FILHO, advogam a impenhorabilidade do bem de família, para o pagamento de dívidas condominiais, ao argumento de que “o núcleo de afetação do bem de família (parte capaz de satisfazer as necessidades mínimas de moradia da família) é impenhorável em relação às despesas condominiais, sendo sempre resguardado na penhora do imóvel ou do móvel, mas o excedente pode ser destinado aos credores” (*Dívidas condominiais e bem de família no sistema jurídico brasileiro*, op. cit., p. 135).

<sup>139</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *A impenhorabilidade do bem de Família e as novas entidades familiares*, op. cit., p. 61.

<sup>140</sup> Veja-se, a respeito, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua 1ª Turma, no REsp. 644.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.10.2005, DJU 28.11.2005, p. 197.

porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.

Com esse pensar, ELIANE MARIA BARREIROS AINA espanca qualquer dúvida destacando inexistir “fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim”, e propondo como solução para o problema a ampliação na utilização do seguro-fiança locatícia.<sup>141</sup> Com a mesma coerência ideológica, SÉRGIO ANDRÉ ROCHA GOMES DA SILVA, em artigo dedicado à matéria, dispara ser o referido inciso VII “inconstitucional, pois trata de forma diversa duas obrigações que têm o mesmo fundamento, quais sejam, a obrigação do fiador e a do locatário, podendo-se mesmo considerar iguais ambas as obrigações, contrariando desta forma a isonomia prevista no *caput* do art. 5º da CF”.<sup>142</sup> Além da violação do princípio constitucional da igualdade substancial (afinal, dívidas de idêntica natureza e origem estão sendo tratadas diferentemente), é de se notar uma afronta, também, “ao fato de que a propriedade consubstanciada no bem de família não vale de *per se*, posto ser mero instrumento para a concretização do direito humano fundamental à moradia, e este, por sua vez, entende-se como requisito essencial à efetividade de outros valores fundamentais, como a vida, a educação, a saúde, a cidadania e o acesso às oportunidades de crescimento”, nas palavras certas de ANA ALICE DE CARLI.<sup>143</sup>

Não fossem suficientes (embora sejam) as considerações apresentadas, FLÁVIO TARTUCE, corretamente, acrescenta que a permissão de penhora do bem de família do fiador locatício agride, frontalmente, ainda a *proporcionalidade constitucional*, uma vez que “o fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal”.<sup>144</sup>

Já se colhe na jurisprudência avançadas manifestações acolhendo essa tese: “Em se tratando de bem imóvel, sendo o mesmo residência da família, a ele se estende o princípio excepcional da impenhorabilidade do único bem imóvel que sirva de residência familiar, porque o art. 82 da Lei nº 8.245/91, que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei nº 8.009/90, afronta o princípio da isonomia constitucional e o direito social à moradia” (TJ/RS, Ac. 16ª Câ. Cív., Ap. Cív. 70001903590, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton).

À luz dos argumentos apresentados, por meio de controle de constitucionalidade difuso, diante de cada caso concreto, impõe-se ao magistrado reconhecer, inclusive

<sup>141</sup> AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia*, op. cit., p. 124-126.

<sup>142</sup> SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. “Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação”, op. cit., p. 56. Esposando o mesmo pensamento, GENACÉIA DA SILVA ALBERTON. “Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador”, op. cit., p. 105 ss. Na jurisprudência, colhe-se importante precedente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade do inciso VII, Ac. 4ª T., Agr. Instr. 2000.00.2.003053-2, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 13: 61.

<sup>143</sup> CARLI, Ana Alice de. *Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia*, op. cit., p. 163.

<sup>144</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 286.

de ofício, a inconstitucionalidade do dispositivo legal, declarando incompatível com o sistema de proteção avançada da pessoa humana a possibilidade de penhorar o bem de família do fiador, porque afronta a isonomia constitucional, bem como por ignorar o direito social à moradia.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, teve, outrora, oportunidade de reconhecer a incompatibilidade do multicitado inciso VII com o Texto Constitucional, acatando o entendimento aqui defendido. Afirmou a Corte Máxima: “O inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, introduzido pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/00”. Veja-se a ementa: “Constitucional. Civil. Fiador. Bem de família. Imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º Lei 8.245/91, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação: sua não recepção pelo art. 6º, CF, com a redação da EC 26/00. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito” (STF, RE 352.940-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.4.2005).

No entanto, em julgado posterior, a Corte Constitucional deliberou, por maioria, em sentido diverso, entendendo constitucional o dispositivo indigitado, sob o (duvidoso) argumento de que com isso seria facilitado “o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária” (STF, Ac. Plenário, RE 407.688-8/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006).

Por não se tratar de decisão prolatada em controle de constitucionalidade concentrado, não há efeitos *erga omnes*, não vinculando, via de consequência, as instâncias inferiores, que podem continuar entendendo inconstitucional o malfadado dispositivo legal. Outrossim, a existência de firme divergência (entre a posição do Supremo Tribunal e a doutrina) evidencia que o tema ainda reclama estudos mais acurados, em especial à luz das garantias constitucionais e da valorização da pessoa humana. De qualquer sorte, com todas as vênias, não nos parece que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador locatício seja um instrumento facilitador de uma política eficaz de moradia no Brasil. Muito pelo contrário. Dificultará. Afinal, ninguém, em sã consciência, prestará fiança em contrato de locação de imóvel urbano (regido pela Lei nº 8.245/91), impondo ao locatário maior ônus, tendo de assumir os custos de eventual fiança bancária ou mesmo em ter verba pecuniária sobrando para prestar outro tipo de garantia.

Acatando essas ponderações, mesmo após a decisão da Corte Suprema, vem assim deliberando o Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, como ilustra este *decisum*, com voto condutor do culto Desembargador ELPÍDIO DONIZETTI: “Fiança. Bem de família do fiador. Impenhorabilidade. Exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90. Conflito com o direito à moradia. Impossibilidade. A Lei 8.009/90, ao dispor sobre bem de família vedou a penhora do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e dos móveis que guarneçam a residência e não constituam adornos suntuosos, estabelecendo, todavia, algumas exceções em seu art. 3º. *No que se refere à exceção prevista no inciso VII*

do art. 3º da Lei 8.009/90 (penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação), o que se observa é que tal disposição, além de afrontar o direito à moradia, garantido no art. 6º, caput, da CF/88, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, uma vez que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador” (TJ/MG, Ac. 18ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1.0596.05.027486-6/001 (1) – Comarca de Santa Rita do Sapucaí, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 10.2.2009, DJMG 17.3.2009).

De qualquer maneira, admitida a viabilidade do referido inciso VII, a sua aplicação somente poderá ocorrer no caso de fiança locatícia (afastadas as demais hipóteses de fiança), eis que o seu alcance dependerá, seguramente, de uma interpretação restritiva.

#### 6.4.7 Retroatividade

Questão que, por algum tempo, atormentou a doutrina e a jurisprudência, mas já superada no atual momento, diz respeito à aplicabilidade da lei do bem de família legal às penhoras que lhe foram preexistentes.

Prevaleceu o entendimento de que a impenhorabilidade decorrente do bem de família legal atingiu os processos em curso quando do advento da lei, não violando o direito adquirido do credor-exequente. Os argumentos vitoriosos foram: (i) o caráter de norma de ordem pública; (ii) a determinação expressa de imediata vigência, cancelando as execuções que lhe antecederam, afirmada pela Medida Provisória que antecedeu a referida lei; (iii) a natureza processual da norma determina aplicação imediata.

Confirmando a tese, o Superior Tribunal de Justiça cristalizou o entendimento na Súmula 205, vazada nos seguintes termos: “A Lei nº 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

Do mesmo modo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região cimentou, em sua Súmula 10: “A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90 alcança o bem que, anteriormente ao seu advento tenha sido objeto de constrição judicial”.

#### 6.4.8 Ampla compreensão do núcleo familiar e a (des)necessidade de fixação de residência efetiva

Muito embora não exista limitação ao valor do bem de família, estando sempre protegido pela impenhorabilidade legal, é preciso lembrar que se exige tratar-se de imóvel que sirva para a residência do núcleo familiar.<sup>145</sup>

Nesse passo, afiguram-se indispensáveis nesse momento algumas observações acerca da amplitude da compreensão da entidade familiar, bem como em relação à fixação da residência no bem protegido legalmente.

*Primus*, impende lembrar que não só a família fundada no casamento, mas, por igual, qualquer espécie de modelo familiar contará com a proteção do bem de família, como, por exemplo, a união estável e a família monoparental (comunidade formada por um

<sup>145</sup> Nesse diapasão, RICARDO ARCOVERDE CREDIE. *Bem de família: teoria e prática*, op. cit., p. 10.

dos ascendentes e sua prole, nos termos do art. 226 da CF/88). Aliás, até mesmo as entidades familiares não contempladas expressamente na Lei Maior, chamadas comumente de *entidades parafamiliares* ou *famílias sociológicas*, estão inseridas na proteção legal, já que o rol do pré-falado art. 226 da *Lex Legum* não é taxativo, mas meramente exemplificativo.

Assim, também a *comunidade familiar formada por irmãos*,<sup>146</sup> por *tio e sobrinho*, *avós e seus netos* e, por igual, as *uniões homoafetivas* (já reconhecidas como entidades familiares pela Corte Excelsa, no julgamento da ADIn. 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto) estão acobertadas pelo manto sagrado da impenhorabilidade do bem que serve de abrigo ao lar. Já disse o então Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR em precioso voto: “Penso, no entanto, que a proteção estendida pela Lei nº 8.009/90 à entidade familiar não se limita à união estável, assim como referido na Constituição para o fim do direito de família, nem à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.<sup>147</sup>

Do mesmo modo, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO dispara que a “enumeração de formas de constituição de família não é, e nem poderia ser, taxativa; primeiramente, porque não é a lei que escolhe o modo de constituir família; depois, porque as enunciadas não esgotam essas formas de constituição. A família nasce espontaneamente, como uma instituição social que é”.<sup>148</sup>

Fácil depreender que a nova realidade social há de ser talhada a partir da legalidade constitucional e que, por conseguinte, a *entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade, pois à outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional*, merecendo todos os grupos familiares (previstos, ou não, na Carta Magna) proteção da impenhorabilidade decorrente do bem de família.

*Secundus*, há de se afirmar a desnecessidade de estar o titular (e seu grupo familiar) residindo efetivamente no próprio bem, interpretando construtivamente o art. 5º da Lei nº 8.009/90.

Ora, mesmo que os integrantes, periodicamente, estejam ausentes do imóvel (por motivo de viagens para estudo, residência temporária em outro local etc.), não se retira o caráter da impenhorabilidade determinada por lei.

É o típico exemplo da pessoa que alugou o seu único imóvel para, com o dinheiro angariado com a locação, fixar sua residência em outro mais amplo. Em casos tais, sem dúvida, o titular continua fazendo jus ao benefício legal, “considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família”, consoante compreensão jurisprudencial.<sup>149</sup>

<sup>146</sup> Com o mesmo posicionamento, a decisão do STJ, Ac. 4ª T., REsp. 15.985-1/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.3.1998, JTAC-SP-Lex 174: 615. Em outra oportunidade, o Ministro Fontes de Alencar entendeu que, ao imóvel que serve de moradia a irmãs solteiras, estende-se a impenhorabilidade concedida pela Lei nº 8.009/90, (RSTJ 81: 306).

<sup>147</sup> Conforme voto proferido no julgamento do REsp. 22.610-1/CE, DJU 27.10.1999.

<sup>148</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*, op. cit., p. 168-169.

<sup>149</sup> TA/PR, Ac. 7ª Câ. Cív., Agr. Instr. 146.758-9, Rel. Juiz Noeval de Quadros, j. 20.12.1999, DJ/PR 18.2.2000.



É que, pautada a interpretação da norma legal pela sua finalidade protetiva, há de se reconhecer o benefício legal mesmo que o devedor não esteja residindo no imóvel que lhe pertence e serve como patrimônio.

Nesse sentido, já se fixou entendimento em nossas Casas Judiciais, como se pode depreender: “Consoante anotado em precedentes da Turma, e em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família” (STJ, Ac. 2ª Secção, REsp. 31597-9/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 15.3.2004, *Revista Jurídica* 317: 131).<sup>150</sup>

#### 6.4.9 Alegação no processo

É mister reconhecer, também, a possibilidade de a impenhorabilidade legal, decorrente da Lei nº 8.009/90, ser suscitada por qualquer interessado (a qualquer tempo ou grau de jurisdição) ou mesmo reconhecida de ofício pelo magistrado.

De logo, veja-se que, apesar de os embargos do devedor serem o meio processualmente disponibilizado para a alegação da impenhorabilidade do bem de família,<sup>151</sup> é possível reconhecê-la através de simples petição atravessada nos autos do processo de execução (a chamada *exceção de preexecutividade* ou *objeção de preexecutividade*),<sup>152</sup> a qualquer tempo, até o exaurimento do processo executório.

A possibilidade do reconhecimento, a qualquer tempo, da impenhorabilidade do bem de família decorre de sua posição constitucional, afigurando-se consentâneo com a ordem máxima vigente, em especial com o princípio da dignidade da pessoa humana, fortemente presente na Lei nº 8.009/90.<sup>153</sup>

Desse modo, já se reconheceu que, em relação ao bem de família, “a matéria é de ordem pública, e pode ser suscitada em qualquer fase do processo, até mesmo no Recurso Extraordinário ou Especial e ainda que não pré-questionada. Consoante a doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, é dever do juiz pronunciá-la de ofício. Sobreleva anotar, o mérito da questão, que é norma de ordem pública, vale repetir, deve prevalecer sobre o formalismo processual exacerbado” (STJ, REsp. 66.567/MG, Ac. 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 25.3.1996, DJU 24.6.1996).

<sup>150</sup> A nossa Corte Superior, igualmente, já proclamou a tese: “Dentro de uma interpretação teleológica e valorativa, calcada inclusive na teoria tridimensional do Direito – fato, valor e norma (Miguel Reale) –, faz jus aos benefícios da Lei nº 8.009/90 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma foi observado, a saber, o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 15.921-3/ES, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.4.1999).

<sup>151</sup> Já se decidiu que “os embargos à penhora são o meio próprio para se alegar impenhorabilidade de bens de família” (STJ, RMS 10.257/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 29.4.1999, DJU 21.6.1999).

<sup>152</sup> A jurisprudência vem admitindo que “a questão da impenhorabilidade do bem de família pode ser provocada por simples petição nos autos da execução” (STJ, REsp. 235.977/SP, Ac. 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 25.4.2000, DJU 26.6.2000).

<sup>153</sup> Com esse raciocínio, PEDRO OLIVEIRA DA COSTA. “O bem de família na jurisprudência do STJ”, op. cit., p. 170.

Dúvida, portanto, inexistente: a impenhorabilidade decorrente do bem de família involuntário é de ordem pública, podendo ser cogitada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas instâncias extraordinárias, bem como conhecida *ex officio* pelo juiz.<sup>154</sup>

Não é despendendo sublinhar, ademais, uma interessante discussão acerca da possibilidade, ou não, de renúncia à impenhorabilidade do bem de família pelo titular. Parte dos autores entende que, mesmo tendo o devedor oferecido voluntariamente o bem de família à penhora, durante o processo de execução, nada impediria que, posteriormente, viesse a ser reconhecida a sua impenhorabilidade, em face de seus contornos de matéria de ordem pública. Isso porque *constituiria um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor, sendo possível, então, arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel oferecido em penhora pelo próprio devedor*.<sup>155</sup> Noutro quadrante, outros doutrinadores vislumbram na conduta do devedor que, espontaneamente, oferece o seu bem de família à penhora um comportamento contraditório e, por conseguinte, ilícito, a partir da tese do *venire contra factum proprium*. O segundo entendimento merece o nosso apoio. Efetivamente, quando o devedor oferta, por vontade própria, o seu bem de família à execução, não parece crível, nem admissível, que possa, posteriormente, alegar que se trata de bem de família. Haverá, no caso, um visível comportamento contraditório, incidindo a teoria do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que é figura parcelar da boa-fé objetiva. O Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, passou a acatar essa orientação. Vale a pena conferir:

“1. Hipótese em que o executado indica bem à penhora e, posteriormente, invoca a nulidade da adjudicação em razão da impenhorabilidade absoluta (art. 649, V, do Código de Processo Civil) do objeto da constrição, por constituir equipamento essencial (‘colheiteira’) à continuidade do exercício da profissão. Inviabilidade. Bem móvel voluntariamente oferecido pelo devedor à garantia do juízo executacional. Patrimônio integrante do ativo disponível do executado. Renúncia espontânea à proteção preconizada no inciso V do art. 649 do Código de Processo Civil. Vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

2. Os bens protegidos pela cláusula de impenhorabilidade (art. 649, V, do Código de Processo Civil) podem constituir alvo de constrição judicial, haja vista ser lícito ao devedor renunciar à proteção legal positivada na norma supracitada, contanto que contemple patrimônio disponível e tenha sido indicado à penhora por livre decisão do executado, ressalvados os bens inalienáveis e os bens de família. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. No caso, não há nulidade no procedimento expropriatório, porquanto, além de o bem penhorado (‘colheiteira’) compor o acervo ativo disponível do recorrente/executado,

<sup>154</sup> Nesse sentido, releva transcrever trecho do *decisum* prolatado pela Des. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, bem destacando que “sobre o tema impenhorabilidade legal do bem de família, cabe salientar que, independentemente da nomenclatura da petição oferecida perante o Juízo *a quo*, a impenhorabilidade do bem residencial, decorrente da Lei 8.009/90, pode ser suscitada por qualquer interessado, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, por se tratar de matéria de ordem pública” (decisão monocrática proferida nos autos do Agr. Instr. 78.614-2 – Comarca de Salvador, Rel. Des. Maria do Socorro Barreto Santiago, j. 21.1.2009).

<sup>155</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, op. cit., p. 293.

este o ofertou deliberadamente nos autos da execução, de ordem a evidenciar contradição de comportamento da parte (*venire contra factum proprium*), postura incompatível com a lealdade e boa-fé processual” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 1.365.418/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 4.4.2013, DJe 16.4.2013).

Aqui, é possível, inclusive, visualizar um típico caso de *overruling*.<sup>156</sup> Isso porque a Corte Superior de Justiça abandonou a força dos seus precedentes anteriores (substituição dos precedentes ou *overruled*),<sup>157</sup> que sinalizavam em sentido diverso, a partir da consideração de novos argumentos, com uma carga de motivação e argumentação mais densa, estabelecendo um novo precedente (orientação para os casos símiles).

### 6.5 Redefinindo o bem de família legal: o bem da pessoa humana como expressão de seu patrimônio mínimo (o bem de família da pessoa sozinha)

No que tange à sistemática do bem de família, questão que se apresenta com vigor e relevância, teórica e prática, diz respeito ao reconhecimento da proteção do patrimônio mínimo da pessoa humana que vive sozinha.

É indagação corrente: a pessoa sozinha (o *single*, como é chamado) tem a proteção do bem de *família*?

A resposta a essa indagação tangencia, é certo, aspectos de ordem constitucional. Partindo da hermenêutica construtiva dos valores constitucionais, é fácil perceber que a preocupação central de nosso tempo é com “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”, como é reconhecido por GUSTAVO TEPEDINO.<sup>158</sup>

Na esteira desse raciocínio, de sólida base constitucional, foi proclamada a ideia da proteção ao bem da pessoa humana solteira pela jurisprudência harmoniosa do Superior Tribunal de Justiça. A tese aqui esposada ganhou eco em nossos Pretórios, acolhida

<sup>156</sup> Sobre a conceituação do *overruling*, explica, com precisão inglesa, THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE: “O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures*, ou seja, dos casos de *afastamento* de uma regra jurisprudencial. Uma hipótese de afastamento se dá quando o tribunal resolve um problema jurídico solucionável por um precedente judicial (já estabelecido), mas de forma diferente. O juiz apela, nesses casos, para uma nova regra que conduz a um resultado diverso do previsto pelo precedente[...] O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não ocorrência de suas consequências no caso concreto –, mas vai bem além disso, já que representa uma *ab-rogação* da própria norma adscrita como precedente. O *overruling* apresenta-se como o resultado de um *discurso de justificação* em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta” (Teoria do precedente judicial, op. cit., p. 387-388).

<sup>157</sup> “1 – A proteção legal assegurada ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia, por tratar-se de princípio de ordem pública, que visa a garantia da entidade familiar” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 1.115.265/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.4.2012, DJe 10.5.2012).

<sup>158</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 326.

especialmente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em diversas passagens, como nesse bem lançado *decisum*:

“A Lei nº 8.009/90 precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substituta. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data venia*, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal”

(STJ, Ac. 6ª T., REsp. 182.223/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 19.3.1999, DJU 10.5.1999).

A posição da jurisprudência restou de tal modo sedimentada que se assentou a ideia de que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”, conforme reconheceu a Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça.

Palmilhando esse caminho, é fácil concluir que a proteção do bem de família transcendeu, a partir da base garantista constitucional, os limites da família, destinando-se a assegurar e promover a dignidade da pessoa humana, garantindo vida digna a todos os cidadãos.<sup>159</sup> Pouco interessa se se trata de pessoa casada, convivente, solteira, divorciada, viúva etc., pois a proteção ao patrimônio mínimo alcança a toda e qualquer pessoa humana, como mecanismo de afirmação de sua própria dignidade.

Não pode ter dignidade quem não tem proteção ao seu lar, ao seu abrigo inviolável. É por isso que o sistema empresta significativa importância ao domicílio e à moradia do sujeito de direito.

Ou seja, a proteção dedicada pela lei não se destina à família, enquanto instituição jurídico-social, mas à pessoa humana, como forma de afirmação da proteção avançada e prioritária de sua personalidade jurídica, compreendida como o atributo genérico para desempenhar suas atividades sociais. Vê-se, pois, com nitidez cristalina, que a proteção dedicada à família, na verdade, tende à tutela da própria pessoa humana, evidenciando uma compreensão instrumentalizada da família no Direito contemporâneo.

<sup>159</sup> Anuindo a esse raciocínio, PEDRO OLIVEIRA DA COSTA. “O bem de família na jurisprudência do STJ”, op. cit., p. 181.

Aliado a esse raciocínio, CARLOS CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE FILHO propõe ser necessário ajustar, com precisão, “a compreensão jurídica de entidade familiar”, de modo a deixar claro que, “para todos os efeitos legais, aqueles que, por qualquer motivo, vivem sozinhos”, também estão agasalhados pela proteção dedicada por qualquer norma legal às entidades familiares. É o que se apelidou de *família unipessoal*.<sup>160</sup>

Lembre-se, ademais, que o art. 6º da Carta Maior, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/00, acrescentou nova garantia social a todas as pessoas humanas, reconhecendo, em sede constitucional, o direito à *moradia*, o que vem a corroborar do reconhecimento da proteção do bem de família aos *singles*.

Bem percebendo essa situação, ANA PAULA DE ALMEIDA LIMA LEAL, em texto dedicado ao tema, sabiamente assevera que a finalidade da proteção ao bem de família, além de tutelar a entidade familiar em si mesma, “consiste em tutelar também o direito fundamental de moradia”, concluindo pela necessária “hermenêutica ampliativa do art. 1º da Lei do Bem de Família (Lei nº 8.009/90)”.<sup>161</sup>

Por isso, a partir da citada Emenda Constitucional é possível reconhecer, como norma constitucional, o benefício da impenhorabilidade do bem de família ao imóvel e móveis que guarnecem o lar da pessoa humana, independentemente do seu estado civil, garantindo-lhe a habitabilidade determinada na norma superior.<sup>162</sup>

Não fossem bastantes os argumentos aqui apresentados (embora sejam!), vale lembrar que o bem da pessoa sozinha (*single*) merece a proteção da impenhorabilidade dedicada ao bem de família, por lei, por força da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, materializável quanto a essa matéria através da *teoria do patrimônio mínimo*. Ora, se o imóvel (e os móveis que guarnecem o lar) constitui o patrimônio mínimo da pessoa humana, não se pode cogitar da penhora, sob pena de atentado direto e frontal contra a dignidade do homem.

Em sendo assim, o bem pertencente à pessoa solitária está protegido: (i) seja pela técnica de expansão das garantias decorrentes de incidência de preceito constitucional, permitindo que se interprete ampliativamente as normas protetivas do bem de família; (ii) por conta do direito à moradia, reconhecido na Emenda Constitucional nº 26/00; (iii) pela incidência da *teoria do patrimônio mínimo da pessoa humana*, tutelando o subtrato patrimonial que se precisa para viver dignamente (o chamado *mínimo existencial*).

E, dessa maneira, talvez já se possa arriscar a afirmação de que a proteção do bem de família legal alcança, por igual, a pessoa humana sozinha, independentemente de ter

<sup>160</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. “A situação jurídica de pessoas que vivem sozinhas”, op. cit., p. 70.

<sup>161</sup> LEAL, Ana Paula de Almeida Lima. “A redefinição do bem de família”, op. cit., p. 36.

<sup>162</sup> Não é demais invocar importante trecho de decisão judicial, dando contornos de concretude a esse entendimento: “A nova Constituição Federal brasileira, que, pela Emenda Constitucional 26/2000, considerou que moradia é um direito social, caso em que não se pode ter o mínimo de dignidade sem moradia sem os móveis e utensílios que a equipam e que materializam os pertences destinados às primeiras necessidades da vida, bem como sem a própria moradia como único imóvel da família” (TJ/DFT, Ac. 4ª T., Agr. Instr. 2000.00.2.003053-2, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, j. 13.11.2000, DJU 8.6.2001).

constituído uma entidade familiar. Por isso, já se poderia falar em *bem da pessoa humana*, e não apenas *bem de família*.

Consectário natural desse raciocínio, urge asseverar que o imóvel pertencente à pessoa jurídica, ainda que destinado à moradia dos sócios, não está albergado pela proteção do bem de família, eis que não se amolda nas latitudes legais.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> É o que se extrai da decisão do Superior Tribunal de Justiça, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 57430/MA, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.4.2002, DJU 5.8.2002, p. 330.



# VII

## TEORIA GERAL DOS FATOS JURÍDICOS

### SUMÁRIO

1 Considerações preliminares. 2 Distinção entre fato jurídico e fato material (ajurídico) e a lógica do mundo jurídico. 3 Definição do fato jurídico. 4 Classificação dos fatos jurídicos. 5 Os diferentes planos do mundo jurídico. 6 Consequências dos fatos jurídicos. 6.1 Generalidades. 6.2 Aquisição de direitos. 6.3 Modificação dos direitos. 6.4 Defesa dos direitos. 6.5 Extinção dos direitos. 7 Fato jurídico em sentido estrito. 8 Ato-fato jurídico. 9 Ato jurídico. 10 Negócio jurídico. 10.1 Noções gerais. 10.2 Definição. 10.3 Características e breve esboço evolutivo. 10.4 Classificação. 10.5 Regras de interpretação. 10.6 Diferentes planos (dimensões) do negócio jurídico. 10.7 Plano da existência e seus pressupostos (elementos de existência). 10.8 Plano da validade e seus requisitos: a invalidade (nulidade a anulabilidade) do negócio jurídico. 10.8.1 Considerações gerais sobre o plano da validade. 10.8.2 Os requisitos da validade. 10.8.3 A representação no negócio jurídico. 10.8.4 A invalidade do negócio jurídico. 10.8.5 Conversão substancial do negócio jurídico. 10.8.6 A simulação. 10.9 Plano da eficácia e seus fatores. 10.9.1 Generalidades. 10.9.2 Condição. 10.9.3 Termo. 10.9.4 Modo ou encargo. 10.10 Defeitos do negócio jurídico. 10.10.1 Generalidades. 10.10.2 Erro ou ignorância. 10.10.3 Dolo. 10.10.4 Coação. 10.10.5 Lesão. 10.10.6 Estado de perigo. 10.10.7 Fraude contra credores ou fraude pauliana. 10.11 O negócio jurídico e a proteção do terceiro de boa-fé. 11 O fato ilícito. 11.1 Advertência prévia. 11.2 Noções conceituais. 11.3 Efeitos jurídicos decorrentes da ilicitude. 11.4 Tutela preventiva e tutela reparatória da ilicitude. 11.5 Excludentes de ilicitude. 12 O abuso do direito. 12.1 Noções introdutórias e referências históricas. 12.2 O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva. 12.3 Reconhecimento e efeitos do abuso de direito. 12.4 O abuso de direito e o Código Civil (art. 187). 12.5 Modalidades específicas de atos abusivos (figuras parcelares do abuso do direito). 12.5.1 Generalidades. 12.5.2 A proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). 12.5.3 A *supressio* (*Verwirkung*) e a *surrectio* (*Erwirkung*). 12.5.4 O *tu quoque*. 12.5.5 O *duty to mitigate the loss* (o dever do credor de mitigar as próprias perdas). 12.5.6 O substancial *performance* (a tese do inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial). 12.5.7 A violação positiva de contrato (tese do adimplemento fraco ou ruim). 12.6 O abuso de direito em concreto (aplicação prática).

*“Amores à vista, amores a prazo,  
Amor ciumento que só cria caso,  
Tem gente que jura que não volta mais  
Mas jura sabendo que não é capaz  
Tem gente que escreve até poesia,  
E rima saudade com hipocrisia  
Tem assunto à beça para a gente falar  
Mas não interessa, o negócio é amar.”*

*(CARLOS LYRA, O negócio é amar,  
de CARLOS LYRA e DOLORES DURAN)*

*“Brasil, mostra a tua cara,  
Quero ver quem paga, pra gente ficar assim;  
Brasil, qual é o teu negócio, o nome do teu sócio,  
Confia em mim.”*

*(CAZUZA, Brasil,  
de CAZUZA, GEORGE ISRAEL e NILO ROMERO)*

# 1

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Não se pode olvidar que o Direito serve para a adaptação social, ordenando a comunidade e viabilizando a convivência. Traça, pois, regras de controle social, dotadas de coercibilidade. É fenômeno, pois, típico do *homo socialis*, uma vez que o *homo naturalis*, isolado de tudo e de todos, não necessitaria de harmonização social.

Vê-se, então, com clareza solar a importância dos fatos para a vida social. Com efeito, é dos fatos que surgirá o Direito – organizado como ciência (*ex facto ius oritur*, já dizia a parêmia latina).

Com habitual sensibilidade, explica CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ser o fato “elemento gerador do direito subjetivo mesmo quando se apresenta tão singelo que mal se perceba, mesmo quando ocorra dentro do ciclo rotineiro das eventualidades quotidianas, de que todos participam sem darem atenção. A lei comumente define uma possibilidade, um vir a ser, que se transformará em direito mediante a ocorrência de um acontecimento que converte a potencialidade de um interesse, em direito individual”.<sup>1</sup>

Efetivamente, a vida é uma sucessão de acontecimentos, fatos, originados por vezes das forças da natureza e em outras oportunidades da conduta humana. O valor desses acontecimentos diuturnos, todavia, não é igual. Ao revés. Surge a norma jurídica exatamente para sopesar o valor dos fatos. Em outras palavras, a norma irá qualificar, adjetivar, os fatos cotidianos, juridicizando-os.

MARCOS BERNARDES DE MELLO, preclaro civilista da bela e aprazível Maceió, sempre pertinente, observa: “Quando o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica atua sobre ele, edita norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Parece claro, daí, que a norma jurídica atua sobre os fatos que compõem o mundo, atribuindo-lhes consequências específicas (efeitos jurídicos) em relação aos homens, os quais constituem um *plus* quanto à natureza do fato em si”.<sup>2</sup>

Ora, se a norma qualifica os fatos, exsurge a óbvia conclusão de que o direito, surgindo de fatos que sucedem habitualmente no mundo, é acontecimento rotineiro na vida humana. Como bem visualizava o eminente jurista peninsular ROBERTO DE RUGGIERO, em obra clássica, o direito, sendo acontecimento diário, “não se desenrola senão através de uma série infinita de manifestações jurídicas”.<sup>3</sup>

Desde atos mais banais (como no exemplo do turista que apanha a concha na praia, realizando ocupação e adquirindo a propriedade móvel de uma *res nullius*, ou do campo-nês que, arando a propriedade, lança sementes no campo do seu vizinho, dando lugar a uma acessão) até outros atos mais complexos e formais (como o casamento ou a elaboração de um testamento) evidenciam a presença do direito.

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 290.

<sup>2</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 8.

<sup>3</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 25.

A norma jurídica representa, pois, a valoração de fatos. Ao traçar suas regras de convivência social, o homem está, a partir de critérios axiomáticos, valorando os fatos que reputa importantes para as relações intersubjetivas, elevando-os à categoria de fatos jurídicos.<sup>4</sup> Essa valoração é essencial para conferir coercibilidade a determinados acontecimentos, afinal somente os fatos qualificados como jurídicos trazem força coercitiva.

Dessa multiplicidade de eventos (dependentes ou não da vontade humana), que ganharam qualificação da norma, nascem os *fatos jurídicos*, caracterizando-se pela repercussão na órbita jurídica, produzindo efeitos jurídicos.

Assim, será fato jurídico aquele evento, seja qual for a sua natureza e origem, que repercutir na esfera jurídica.

## 2

### DISTINÇÃO ENTRE FATO JURÍDICO E FATO MATERIAL (AJURÍDICO) E A LÓGICA DO MUNDO JURÍDICO

O *fato jurídico* se caracteriza pela produtividade de efeitos jurídicos, distinguindo-se do *fato material*, que não os produz, não estando acobertado pela coercibilidade. Aqui, repita-se à saciedade, não importa a natureza intrínseca do fato, podendo ter idêntica origem. O que interessa é produtividade de efeitos normatizados. Exemplo típico e claro é o raio (relâmpago) que atinge uma casa. Esse acontecimento pode ser um fato jurídico (se a residência estava acobertada com uma apólice de seguro) ou um simples fato material (se não estava assegurada a residência contra o evento).

Assim, o que distingue o fato jurídico do fato material não é a origem, mas sim a produção dos efeitos na órbita do direito.

Diante desse quadro, é preciso ressaltar o caminho percorrido pelo fato material até ser juridicizado, desde logo lembrando que o mundo jurídico, seguramente, está contido no mundo fático, correspondendo aquele às imputações realizadas pelo homem, valorando acontecimentos que se multiplicam neste.

Para que determinado acontecimento esteja inserto no mundo jurídico, então, é preciso que cumpra diferentes momentos, interdependentes, essenciais à sua qualificação.

Assim, é possível sintetizar:<sup>5</sup> (i) definição pela norma jurídica da hipótese fática merecedora de qualificação; (ii) concreção da hipótese definida na realidade fenomenológica da vida (realização concreta da hipótese); (iii) incidência automática da norma sobre a hipótese valorada; (iv) juridicização do acontecimento, como consequência da incidência.

<sup>4</sup> Oportuno observar que a modificação na qualificação jurídica de determinado fato jamais implicará alteração em sua estrutura natural (por exemplo, a venda pelo proprietário de uma safra de produto agrícola não modificará o seu ciclo natural de produção). A recíproca, no entanto, não é verdadeira. Assim, a modificação na estrutura natural de determinado acontecimento poderá implicar mudança na sua categoria jurídica (é o exemplo da destruição natural de um imóvel por fogo ou tempestade, extinguindo, por conseguinte, o direito de propriedade do titular). Com esse pensar, MARCOS BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 10-11.

<sup>5</sup> Nesse sentido, consulte-se a lição de MARCOS BERNARDES DE MELLO. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 11.

Tomando como exemplo o nascimento de uma criança, é possível raciocinar ilustrativamente. Em primeiro lugar, a norma (CC, art. 2º) prevê a aquisição da personalidade como consequência jurídica do nascimento. Ora, no momento em que alguém nasce (presença de ar nos pulmões), tem-se a concreção do acontecimento previsto na norma, vindo, consequentemente, a ocorrer a incidência da norma, juridicizando o evento. Daí a assertiva de que um acontecimento meramente material, corriqueiro, transforma-se em fenômeno jurídico por conta da normatização. É a lógica do mundo jurídico.

### 3 DEFINIÇÃO DO FATO JURÍDICO

Como visto alhures, todo fato jurídico (situação concreta) decorre da valoração realizada pela vontade humana. Ou seja, do mundo fático são extraídos acontecimentos que, em razão de sua importância, merecem receber a incidência da norma jurídica, transformando-se em fatos jurídicos.

Para os civilistas clássicos, são fatos jurídicos “os que produzem um evento jurídico, que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou também na substituição de uma relação jurídica nova a uma relação preexistente e ainda na qualificação de uma pessoa, duma coisa ou de um outro fato”, na tradicional definição de SANTORO-PASSARELLI.<sup>6</sup> Seriam, na trilha desse raciocínio, acontecimentos que produzem consequências jurídicas, tendo a virtude de desencadear a aplicação da regra objetiva, dando nascimento a um direito ou situação subjetiva.

Não discrepa disso a maioria da doutrina brasileira. Veja-se. Para CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, fatos jurídicos “são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas”.<sup>7</sup> WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, por seu turno, leciona que os acontecimentos “de que decorrem o nascimento, a subsistência e a perda dos direitos, contemplados em lei, denominam-se fatos jurídicos (*lato sensu*)”.<sup>8</sup>

Com raciocínio idêntico, encontram-se, ainda, ORLANDO GOMES,<sup>9</sup> FRANCISCO AMARAL,<sup>10</sup> SÍLVIO RODRIGUES<sup>11</sup> e MARIA HELENA DINIZ.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Apud JOSÉ ABREU. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, op. cit., p. 5. O citado autor baiano, inclusive, na mesma sede, menciona o (ainda mais contundente) conceito do chileno RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, professando ser o fato jurídico “um fato que produz consequências jurídicas”.

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 291.

<sup>8</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 174.

<sup>9</sup> Sustenta o notável civilista da Bahia que o fato jurídico, em sentido amplo, “é todo acontecimento, dependente ou não, da vontade humana, a que o Direito atribui eficácia” (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 237).

<sup>10</sup> FRANCISCO AMARAL. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 333, afirmando serem fatos jurídicos os “acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e seus direitos”.

<sup>11</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 155. O ilustre professor prega, em terras fluminenses, que os fatos jurídicos são “acontecimentos em virtude dos quais as relações de direitos nascem e se extinguem”.

<sup>12</sup> A ilustre autora paulista, expressamente, corrobora do pensamento de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, anuindo a sua definição. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 320.

Fácil depreender, assim, que na tradicional visão da doutrina (majoritária) brasileira o conceito de fato jurídico sempre esteve centrado, fundamentalmente, na indubitosa produtividade de seus efeitos, fazendo com que as relações jurídicas viessem a nascer ou a ser extintas, modificadas ou substituídas. A preocupação básica sempre foi com os efeitos concretos.

*Permissa maxima venia*, não lhes assiste razão.

É que nem sempre decorrerão efeitos do fato jurídico, podendo ocorrer que um determinado fato exista e deixe de existir sem que, jamais, produza um único efeito. Tome-se como exemplo a elaboração de um testamento. Com efeito, se alguém, maior e capaz, elaborar um testamento, teremos, efetivamente, um fato jurídico que somente produzirá seus efeitos depois da morte do testador. Se, contudo, vier a revogar, ainda em vida, o testamento antes elaborado, o referido fato jurídico deixará de existir sem nunca produzir um único efeito concreto, não criando, modificando, substituindo ou extinguindo nenhuma relação jurídica.

Por isso, urge revisitar o conceito de fato jurídico, buscando adequá-lo à concreta possibilidade de não produzir qualquer efeito.

Assim, com PONTES DE MIRANDA, é possível definir o fato jurídico, de maneira mais realista, como “o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica”.<sup>13</sup>

Parecendo comungar com esse pensamento, PIETRO PERLINGIERI define o fato jurídico “como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância”,<sup>14</sup> deixando antever a possibilidade, potencialidade, de produzir efeitos.

Veja-se, portanto, que o fato jurídico é aquele acontecimento *capaz de produzir efeitos* (isto é, capaz de criar, modificar, substituir ou extinguir situações jurídicas concretas), trazendo consigo uma potencialidade de produção de efeitos, mas não necessariamente fazendo com que decorram tais consequências.

## 4

## CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

Os fatos jurídicos são aqueles eventos, oriundos da natureza ou da vontade humana, que podem repercutir na órbita jurídica, produzindo diferentes consequências.

De logo, é preciso divisar uma dicotomia fundamental, enxergada à luz da conformidade ou contrariedade do fato ao direito. Ou seja, existem fatos que se concretizam em conformidade com a ordem jurídica (*fatos lícitos*), enquanto outros, ao se concretizarem, violam as normas jurídicas, negando o direito. São os *fatos ilícitos*.

<sup>13</sup> Apud MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 93. Aliás, o insigne mestre da aprazível Alagoas também anui ao raciocínio exposto, reputando-o “a melhor conceituação do fato jurídico”. Outrossim, parecendo anuir a esse conceito, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO concentram a força definidora do fato jurídico no “acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas”. Cf. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 296.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, op. cit., p. 89-90.



Prosseguindo a classificação, não se pode negar que os fatos jurídicos podem se originar da vontade humana, decorrendo da intenção do agente, ou da força da natureza, independentemente do elemento volitivo. Percebe-se, então, dois diferentes sentidos para o fato jurídico: numa primeira perspectiva (*em sentido lato*), é qualquer acontecimento, dependente ou não, do homem, que tem potencialidade de conferir efeitos concretos. Em outro prisma (*em sentido estrito*), significa o acontecimento involuntário, independente da vontade humana, que produz efeitos jurídicos.

*Ato jurídico*, em sentido amplo, é expressão utilizada para designar os acontecimentos que têm no seu suporte fático (tipificação) a presença do elemento volitivo. Essa vontade humana (caracterizadora dos *atos jurídicos*, em sentido amplo) poderá se dar meramente para aderir a efeitos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico (*atos jurídicos em sentido estrito*) ou, ao revés, poderá ser uma vontade criadora, estabelecendo novas categorias jurídicas que devem decorrer dos fatos (*negócios jurídicos*).

Ao lado dessas, encontra-se, também, o *ato-fato jurídico*, caracterizando espécie autônoma que surge da vontade humana, tendo, pois, o ato humano como essencial, porém desprezando-a em seguida, uma vez que para a produção dos seus efeitos a vontade humana é irrelevante, independentemente do elemento anímico.

Partindo dessas premissas fundamentais, de modo amplo, é possível classificar os fatos jurídicos em sentido amplo lícitos (em conformidade com o ordenamento jurídico) em: (a) fatos jurídicos em sentido estrito, que decorrem de fenômenos naturais, sem intervenção humana; (b) atos jurídicos em sentido amplo, que são os acontecimentos decorrentes da exteriorização da vontade humana; (c) atos jurídicos em sentido estrito, resultante da subdivisão do ato jurídico *lato sensu*, caracterizados pela vontade humana de que decorram efeitos previstos na norma jurídica; (d) *negócio jurídico*, também fruto da subdivisão dos atos jurídicos em sentido amplo, tipificando categoria na qual a vontade humana escolhe os efeitos que decorrerão; (e) *ato-fato jurídico*, no qual o elemento humano é essencial para a sua existência, mas cuja produção de efeitos independe do ânimo, pois o direito reputa irrelevante a vontade de praticá-lo.

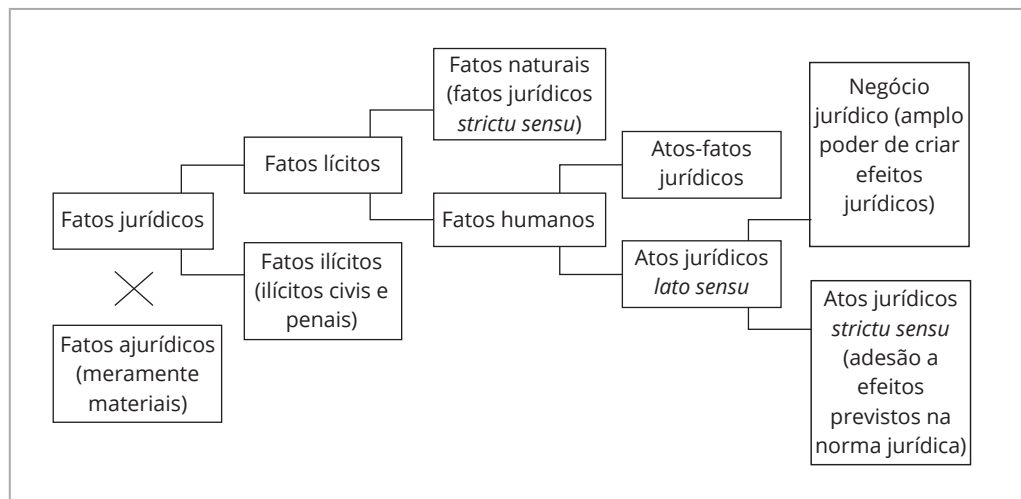
Existem outras classificações adotadas pela doutrina brasileira, ora prestigiando os efeitos decorrentes dos fatos, ora a natureza deles.<sup>15</sup> Apresenta-se, entretanto, dotada de maior técnica a teoria construída na doutrina germânica (KIPP, VON THUR, KLEIN, BIERMANN, dentre outros) e abraçada no Brasil por PONTES DE MIRANDA e MARCOS BERNARDES DE MELLO,<sup>16</sup> identificando como elementos nucleares diferenciais para a distinção: (a) a conformidade, ou não, com o direito; e (b) a presença, ou não, de ato humano volitivo.

Importa dizer, ainda, que tanto o estatuto civil de 1916 quanto o de 2002 consideram o fato ilícito como jurídico, apenas realçando que os efeitos produzidos são desconformes à ordem jurídica (arts. 186 ss, CC).

Assim, com o propósito de facilitar a compreensão da matéria, é possível demonstrar graficamente a classificação adotada no seguinte esquema:

<sup>15</sup> Confira-se a respeito ORLANDO GOMES. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 239.

<sup>16</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 98.



## 5

## OS DIFERENTES PLANOS DO MUNDO JURÍDICO

Não raro a doutrina brasileira utiliza com equívoco as expressões *existência*, *validade* e *eficácia*, chegando mesmo a emprestar significado sinônimo.

Por todos, confira-se a lição do eminente professor das Alterosas CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, lecionando que se deve empregar “os vocábulos *ineficaz* e *ineficácia* com sentido genérico, reservando as palavras *nulidade* e *nulo*, *anulabilidade* e *anulável*, *inexistência* e *inexistente* para a designação de tipos específicos de *ineficácia*. A *ineficácia* é gênero, porque pode atingir os efeitos do ato válido”.<sup>17</sup>

Todavia, é de se notar que um determinado acontecimento jurídico pode existir e não ter validade (reconhecimento pelo ordenamento jurídico) e, por conseguinte, não produzir qualquer consequência jurídica (ou seja, não ter *eficácia*).

O que se pretende afirmar com isso é que todo e qualquer fato jurídico passa por diferentes planos (dimensões): primeiramente, o fato jurídico tem *existência* (plano ontológico, ganhando uma estruturação básica e elementar); em seguida, ganha *validade* (quando se conformar com a ordem jurídica vigente, atendendo aos elementos exigidos pelo sistema jurídico); e, finalmente, sendo existente e válido, o fato jurídico, naturalmente, produzirá *efeitos jurídicos* (admitindo-se, porém, que essa *eficácia*, produzida, de ordinário, automaticamente, possa ser controlada pelos interessados).

Em sendo assim, averiguando, com acuidade, as máculas que podem viciar os fatos jurídicos, é possível encontrar diferentes situações, especificamente: (i) existir, ser válido e eficaz (contrato de compra e venda celebrado com outorga do cônjuge, entre maiores e capazes); (ii) existir, ser válido, mas ineficaz (o testamento realizado por pessoa

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 402.

maior e capaz, antes de sua morte); (iii) existir, ser inválido, porém eficaz (como no exemplo do casamento putativo); (iv) existir, ser inválido e ineficaz (doação realizada por pessoa absolutamente incapaz, pessoalmente); (v) existir e ser eficaz (nascimento com vida).

Ora, a partir dessas premissas fundamentais, é lícito inferir que *os planos de existência, validade e eficácia são autônomos e distintos*, não sendo possível emprestar-lhes tratamento idêntico.

Outrossim, há de se estabelecer como premissa fundamental e insuperável o plano de existência – que é a base para todos os demais.

Essa tripartição foi desenvolvida amplamente na obra de HANS Kelsen e introduzida, no Brasil, por PONTES DE MIRANDA.<sup>18</sup> O Código Civil, entretanto, optou por manter uma análise bipartida do fato jurídico, deixando de tratar de maneira expressa do plano da existência, sob o argumento de que ao legislar já se está no plano da validade, e, portanto, restaria desnecessária a análise do plano da existência em sede de direito positivo.

O plano da existência é o plano do ser. Nele ingressam todos os fatos jurídicos, sejam lícitos, sejam ilícitos. Desenvolvida no seio da doutrina e jurisprudência francesa e italiana (ZACCHARIAE, DEMOLOMBE E AUBRY ET RAU), a inexistência diz respeito à falta de elementos fundamentais. Por isso, o fato inexistente é o não-fato, o nada jurídico.

Por seu turno, o plano da validade concerne à perfeição do ato sob a ótica dos requisitos exigidos pela lei. Assim, a ausência de algum dos elementos da validade torna o fato inválido, gênero do qual decorrem a nulidade e anulabilidade como espécies.

Destaque-se, por oportuno não passarem pelo plano da validade os fatos jurídicos *stricto sensu*, os atos-fatos jurídicos e os fatos ilícitos. É que somente os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos passarão pelo crivo da validade, uma vez que, derivando da vontade humana, poderão produzir efeitos em conformidade ou desconformidade com o ordenamento jurídico. As demais categorias, como não têm a vontade humana no cerne de seu suporte fático, por conseguinte, não passarão pelo plano da validade.

Finalmente, no plano da eficácia o fato produzirá efeitos jurídicos, criando, extinguindo, modificando ou substituindo relações jurídicas. Óbvio que o plano da eficácia pressupõe a passagem pelo plano da existência, atuando, apenas, na produtividade dos efeitos concretos. Aqui passam todos os fatos jurídicos, inclusive os anuláveis e nulos, que, em determinadas situações, podem produzir efeitos.

Não é despidiêdo sublinhar que essa *trilogia (tridimensionalidade) dos fatos jurídicos* não pode ser utilizada como um mecanismo positivista, conferindo realce às normas legais em detrimento das normas principiológicas. Não é possível abraçar a concepção tridimensional do fato jurídico para asfixiar a abertura de caminhos possíveis no campo do constitucionalismo contemporâneo, prejudicando a aplicação das normas constitucionais, em especial dos direitos e garantias fundamentais. É preciso, pois, situar

<sup>18</sup> Assim: LOTUFO, Renan. *Curso avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 224.

a (relevantíssima) contribuição ponteana no contexto histórico-social de sua época e utilizar com prudência a sua aplicação concreta, em especial no que diz respeito às relações existenciais. Até porque a trilogia do fato jurídico foi construída, fundamentalmente, para a compreensão de *relações jurídicas patrimoniais* (v. g., as relações contratuais). Por isso, quando se tratar de *relações jurídicas existenciais* (como, por exemplo, os direitos da personalidade), sobreleva partir da máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais.<sup>19</sup> Tal advertência, por lógico, não diminui em nada a coerência e relevância da teoria construída pelo imortal professor alagoano. Apenas, impõe-se, nessa nova e exuberante arquitetura decorrente da efetivação da norma constitucional no campo do Direito Civil, a sua releitura crítica, com o objetivo construtivo de adaptá-la ao garantismo constitucional.

## 6 CONSEQUÊNCIAS DOS FATOS JURÍDICOS

### 6.1 Generalidades

Em razão de a potencialidade do fato jurídico *lato sensu* criar, modificar, substituir ou extinguir relações jurídicas, é preciso delimitar as principais características de cada um desses possíveis efeitos.

### 6.2 Aquisição de direitos

Tem-se a aquisição de direitos quando ocorre a sua conjunção com o titular, surgindo, então, a propriedade quando o bem se subordina ao *dominus*.<sup>20</sup>

Alguns direitos são adquiridos pelo simples fato objetivo da aquisição da personalidade (personalíssimos), bastando o nascimento com vida. Na seara patrimonial, por seu turno, adquirem-se direitos por: (i) *modo originário*, nascendo o direito no momento em que o titular se apropria do bem diretamente, sem interposição ou transferência de outra pessoa. Ou seja, não havendo translatividade, como no exemplo da ocupação da concha do mar ou da caça e pesca; (ii) *modo derivado*, ocorrendo a aquisição a partir de uma transmissão de direito de uma pessoa a outra, evidenciando a existência de relação jurídica anterior e outra atual, como na compra e venda de imóvel.

A aquisição de direitos pode se dar de forma: (i) *gratuita*, não havendo contraprestação, como na doação; (ii) *onerosa*, quando houver uma contraprestação, enriquecendo ambas as partes, como na compra e venda.

Ainda é possível que a aquisição se opere: (i) *a título universal*, quando o novo titular substitui o anterior proprietário na totalidade dos poderes sobre a coisa, como o herdeiro; ou (ii) *a título singular*, sucedendo o novo titular apenas em determinadas coisas, certas e determinadas, como na figura do legatário.

<sup>19</sup> Anuindo ao raciocínio, veja-se: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 380.

<sup>20</sup> Com essa ideia, MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 321.

O ato de aquisição, por sua vez, pode ser: (i) *simples*, quando o fato gerador consiste em um só ato, como uma simples assinatura de cheque; ou (ii) *complexo*, nas hipóteses em que se apresentar necessária a ocorrência de mais de um fato, como na aquisição por usucapião.

O Código Civil de 1916, no seu art. 74, diferentemente do vigente, indicava as regras sobre aquisição: (i) *direitos são adquiridos por ato do adquirente ou por meio de outrem* (se capaz, pode adquirir pessoalmente ou por representação convencional, como no exemplo do mandato ou da gestão de negócios; se incapaz, pela representação legal); (ii) *existem direitos que podem ser adquiridos independente de ato do adquirente*, como a avulsão (CC, art. 1.248, III); (iii) *é possível adquirir para si ou para outrem* (não se confunde com representação, são casos de aquisição para terceiro, como evidencia o art. 436 da Codificação, ao estipular o seguro de vida em favor de terceiro); (iv) *são atuais os direitos já adquiridos e futuros os que a aquisição ainda não é completa* (é o caso da compra e venda em prestações).

O direito futuro pode ser *deferido* (quando só depende do próprio titular, como no exemplo do herdeiro que para adquirir a herança dependerá apenas de sua aceitação) ou *não deferido* (hipótese em que se subordina a fatos ou condições falíveis, como na doação condicionada a casamento ou na promessa de recompensa, dependendo do cumprimento de condições).

Não se confundem os *direitos não deferidos* com a *expectativa de direito*. Esta é mera possibilidade ou esperança de adquirir um direito (e. g., o herdeiro testamentário que aguarda a abertura da sucessão). Já o *direito eventual* consiste em um direito, ainda que incompleto, pela falta de elemento básico protegido pela norma (é o caso da hipoteca sobre bens futuros, herdeiro legítimo). Por fim, o *direito condicional*, que somente se perfaz pelo advento de acontecimento futuro e incerto (que pode ser ilustrado com a promessa de sociedade se alguém colar grau universitário).

### 6.3 Modificação dos direitos

Com PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, “ainda que não haja alteração da sua essência, é perfeitamente possível a prática de atos ou a ocorrência de fatos jurídicos que impliquem a modificação de direitos”.<sup>21</sup>

Assim, é possível que um determinado fato jurídico venha a sofrer modificação independente de alteração na substância.

A modificação pode ser: (i) *objetiva*, quando atingir a qualidade ou quantidade do objeto da relação jurídica (como na amortização de débito ou recebimento de obrigação de fazer em dinheiro); ou (ii) *subjativa*, dizendo respeito aos sujeitos, subsistindo a relação jurídica íntegra (é o exemplo da desapropriação). Também se opera com multiplicação ou diminuição de sujeitos.

<sup>21</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 300.

Lembre-se, de qualquer sorte, que os direitos da personalidade não comportam modificação subjetiva.

## 6.4 Defesa dos direitos

Para resguardar os direitos que já adquiriu, poderá o titular praticar atos conservatórios (protesto, retenção – concedida ao possuidor de boa-fé que promoveu benfeitorias úteis ou necessárias, arresto, sequestro, caução fidejussória ou real, interpelações judiciais para constituir em mora o devedor etc.), livrando-os de ameaça atual ou iminente.

Pondera, não sem razão, SÍLVIO RODRIGUES que o direito que se titulariza “seria ineficaz se não pudesse ser defendido quando violado ou ameaçado”,<sup>22</sup> por isso a lei concede ao titular a via judicial para defender seus interesses (é o direito de ação, alçado à altitude de garantia constitucional pelo art. 5º, XXXV). Em casos excepcionais (como no desforço *incontinenti*, art. 1.210, § 1º, da Lei Civil), permite o legislador a defesa direta e pessoal do direito pelo seu titular. Trata-se, entretanto, de hipótese absolutamente excepcional, somente admissível por força de expressa previsão legal.

Lembre-se, ademais, de que nas excepcionais hipóteses de autodefesa, como no desforço *incontinenti* exemplificado, admitido para a legítima defesa da posse, quando indispensável para manter-se ou restituir-se nela, exige-se a presença dos requisitos da legítima defesa do Direito Penal.

Dessa forma, considerando os termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, nada podendo ser subvertido à apreciação do Poder Judiciário, detecta-se que, de regra, é necessário o uso da via judicial para que o titular possa garantir a conservação de seus direitos. Precisar-se-á, todavia, demonstrar legítimo interesse econômico ou moral (CPC, art. 3º, e Súmula 409 do Supremo Tribunal Federal). Surge, nesse panorama, a ação judicial como o *direito público subjetivo e abstrato* de todos em movimentar a máquina judiciária para cessar violação ou impedir que ameaça se realize, dès que se tenha interesse econômico ou moral. Mais ainda, avulta evidenciar a existência de um direito ao recebimento do Estado-Juiz da tutela jurisdicional justa, adequada e célere.

Merece realce a possibilidade de defender em juízo direitos atuais ou futuros deferidos. Os futuros não deferidos, por sua vez, só admitirão atos conservatórios (CC, art. 130).

Vale chamar a atenção, ainda, para o fato de que tanto os direitos patrimoniais, quanto os direitos extrapatrimoniais, podem ser defendidos em juízo, como assegura a *Lex Legum*, art. 5º, V e X, e o novo *Codex*, art. 186.

## 6.5 Extinção dos direitos

Extinguem-se os direitos pelo: (i) *perecimento do objeto* (quando o objeto do direito perde suas qualidades essenciais ou valor econômico ou quando se confunde com

<sup>22</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 162.



outro, não sendo possível distingui-lo, ou ainda, quando cair em local onde não possa ser retirado); (ii) *alienação*; (iii) *renúncia* (despojamento do direito, sem transferência, com exceção de alguns direitos de caráter irrenunciável, como os direitos da personalidade); (iv) *abandono* (deixando a coisa em qualquer local, não mais tendo interesse); (v) *falecimento do titular* (em se tratando de direito da personalidade); (vi) *prescrição* (extinção da pretensão); (vii) *decadência* (fulminando o próprio direito); (viii) *abolição de instituição jurídica* (como se deu na escravidão); (ix) *confusão* (reunião de direitos na mesma pessoa); (x) *implemento da condição resolutiva*; (xi) *escoamento de prazo, se a termo*; (xii) *perempção da instância ou do processo* (CPC, art. 301, IV, apesar de ficar ileso o direito); (xiii) *aparecimento de direito incompatível com o atual e que o suplanta*.

Registre-se, finalmente, existirem casos em que, apesar da extinção, o titular terá ação indenizatória, quando perece por culpa de terceiros, com o propósito de reparar eventuais prejuízos sofridos.

## 7

### FATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO

É possível delimitar o âmbito conceitual do fato jurídico *stricto sensu* como sendo o acontecimento oriundo da natureza (evento), que repercute na órbita jurídica.

Ou seja, é o acontecimento em cujo suporte fático (tipicidade) estão presentes apenas fatos da natureza, independentes de atividade humana como dado essencial à sua formalização. É o caso do decurso do tempo, do nascimento etc.

Assim sendo, o fato jurídico *stricto sensu* supõe a inexistência de vontade, enquanto acontecimento fenomênico, uma vez que os seus efeitos decorrem da simples prática de um comportamento humano, independentemente do estado de consciência.

Para o seu reconhecimento é bastante a ocorrência de acontecimento natural, sendo desnecessária a atuação humana – ainda que, eventualmente, esteja presente. Assim, “pode acontecer que algumas vezes o *evento* suporte fático do fato jurídico *stricto sensu* esteja ligado a um ato humano, como ocorre com o nascimento do ser humano que tem sua origem na concepção. Outras vezes, até, o fato pode resultar de ato humano intencional, como na morte por assassinio ou por suicídio... Isso, entretanto, não altera a natureza de fato jurídico, uma vez que a circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático. A morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por ato humano; do mesmo modo o nascimento não perde a sua característica de fato natural porque houve um ato que lhe deu origem”, na percepção de MARCOS BERNARDES DE MELLO.<sup>23</sup>

Portanto, o critério essencial para a classificação dos acontecimentos em fatos jurídicos em senso estrito se funda na presença, ou não, de ato humano como elemento necessário para a composição da categoria jurídica.

<sup>23</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 111.

Assim, ainda que se tenha eventual participação humana, como no caso do homicídio, não se desnatura o acontecimento como um fato jurídico em sentido estrito, uma vez que a conduta humana é desnecessária para a composição de sua estrutura.

Distinguem-se os fatos jurídicos em sentido estrito em: (i) *ordinários*; (ii) *extraordinários*.

*Ordinários* são os acontecimentos de ocorrência costumeira, cotidiana, esperada, como a morte, o nascimento, o decurso do tempo.<sup>24</sup> De outra banda, *extraordinários* são eventos caracterizados pela excepcionalidade, pela imprevisibilidade, como no claro e evidente exemplo do caso fortuito e da força maior.<sup>25</sup>

## 8 ATO-FATO JURÍDICO

A partir das ideias postas, é possível formular o raciocínio de que os acontecimentos merecedores de juridicidade são as condutas humanas (*negócio jurídico* e *ato jurídico em sentido estrito*), os eventos da natureza (*fatos jurídicos em sentido estrito*) e, finalmente, o ato ilícito como uma quarta espécie, nas hipóteses nas quais houver colidência dos efeitos com a previsão do ordenamento jurídico.

Existe, contudo, uma categoria jurídica na qual “o fato para existir necessita, essencialmente, de um ato humano, mas a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante”. Isto é, “o ato humano é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não, vontade em praticá-lo”, conforme a precisa lição de BERNARDES DE MELLO.<sup>26</sup>

Enfim, o ato-fato jurídico é aquele em que a hipótese de incidência pressupõe um ato humano, porém os seus efeitos decorrem por conta da norma, pouco interessando se houve, ou não, vontade em sua prática.

Exemplos elucidativos podem ser mencionados com a caça e pesca, quando permitidas, o desforço *incontinenti* (CC, art. 1.210, § 1º) do possuidor para manter-se ou ser reintegrado na posse, a tomada de posse e a ocupação.

Trata-se de ato humano no qual a vontade inexistente (ao menos dirigida no sentido de produzir determinados efeitos) ou, se existe, não é necessário considerar o seu

<sup>24</sup> É razoável relembrar que o Código Civil regula a contagem de prazo no art. 132, prescrevendo que “salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento”. No seu § 1º, confirma a regra de que “se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil”. E finalmente o § 3º, com nova redação, afirma que “os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência”. Já os prazos em hora “contar-se-ão de minuto a minuto”, como informa o § 4º do citado dispositivo legal.

<sup>25</sup> Não é despidendo acrescentar a desnecessidade de distinção entre o caso fortuito e a força maior, admitindo-se a sinonímia para enxergá-los como eventos imprevisíveis, não esperados. Na preleção de ORLANDO GOMES, defensor da utilização unificada do conceito, em razão da identidade dos efeitos, “caso fortuito ou força maior é todo fato necessário, a cujos efeitos não é possível resistir” (*Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 248). Outras vozes, igualmente autorizadas, como a de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, optam por distinguir o caso fortuito da força maior, afirmando que “a *imprevisibilidade* é elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *inevitabilidade* o é da força maior” (*Programa de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 67).

<sup>26</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: Plano da Existência, op. cit., p. 114.

conteúdo, uma vez que os efeitos decorrerão independentemente dela. Se o turista, andando na praia, apanha uma concha e, em seguida, lança de volta ao mar, pratica abandono (perda da propriedade móvel por conduta voluntária do titular, nos termos do art. 1.275, III, do *Codex*). Ora, se o referido turista abandonou sua propriedade móvel, é intuitivo concluir que, ao assenhorear-se da concha, praticando ocupação (CC, art. 1.263), adquiriu a sua propriedade, independentemente de sua vontade.

Noutro exemplo, vale a lembrança do direito à recompensa decorrente da descoberta (CC, art. 1.233). Na forma do citado dispositivo, descoberta significa encontrar coisa móvel alheia perdida, impondo-se ao descobridor o dever de restituir a coisa encontrada ao titular ou, sendo desconhecido, à autoridade policial. Decorre da descoberta, então, a obrigação de reparar as despesas decorrentes da manutenção da coisa, além do pagamento de uma recompensa (que tem o nome de *achádego*). Observe-se que ao encontrar coisa móvel alheia perdida, o descobridor fará jus à recompensa, tenha tido, ou não, a vontade de adquirir tal direito. Cuida-se, portanto, de ato-fato jurídico.

Logo, em síntese, o ato-fato jurídico surge de um comportamento humano e produz efeitos independentemente da vontade humana – e, aliás, podendo produzir os seus efeitos, até mesmo, contra a vontade.

Os atos-fatos jurídicos poderão ser: (i) *atos-fatos reais*, também ditos *atos materiais*, quando consistir em ato humano do qual resultam circunstâncias fáticas, geralmente irremovíveis (como no exemplo da ocupação); (ii) *atos-fatos indenizativos*, que se configuram nas hipóteses em que de um ato humano não contrário ao direito decorrer prejuízo a terceiro, com o dever de reparar o dano (é o caso do estado de necessidade, com sacrifício de bem pertencente a um terceiro, como indica o art. 188 da Lei Civil); (iii) *atos-fatos caducificantes*, correspondendo a situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste em extinguir direitos, como no caso da decadência ou prescrição.

## 9 ATO JURÍDICO

Em sentido lato, os atos jurídicos derivam, necessariamente, de uma atuação do ser humano ou de sua exteriorização de vontade, produzindo efeitos reconhecidos pelo direito (fato jurídico humano voluntário). São aqueles que, derivando da exteriorização da vontade do agente, se dirigem à obtenção de um resultado jurídico concreto (não vedado por lei).<sup>27</sup>

Daí, então, ser lícito extrair alguns elementos caracterizadores do ato jurídico em sentido amplo:

- i) ato humano de vontade;
- ii) exteriorização da vontade pretendida (até porque a vontade enquanto interior não vincula, nem produz efeitos. Por isso, se alguém comparece a um leilão e

<sup>27</sup> O Código Civil de 1916 estampava, no seu art. 81, que o ato jurídico era “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

não levanta o braço, estará impossibilitado de apresentar um lance para a aquisição do bem leilado);

iii) consciência dessa exteriorização de vontade (se, nesse mesmo leilão, levanto o braço para chamar o garçom, sem ter consciência de que estarei oferecendo um lance, não posso estar praticando ato jurídico);

iv) que essa vontade exteriorizada dirija-se à obtenção de resultado permitido (não proibido) pela ordem jurídica.

Vale destacar que a exteriorização de vontade poderá se dar através de *declaração* ou *manifestação de vontade*, distinguindo-se a partir da noção de que esta (manifestação) é a exteriorização por simples comportamento das pessoas, enquanto aquela (declaração) é a manifestação qualificada, distinguindo-se de acordo com o modo pelo qual a vontade é explicitada. Exemplifica MARCOS BERNARDES DE MELLO: “Se alguém lança ao lixo um par de sapatos, manifesta a sua vontade de abandoná-lo; se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos ao lixo, declarou a sua vontade”.<sup>28</sup>

Dividem-se os atos jurídicos em: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Em sentido lato, o ato jurídico é o acontecimento jurídico cujo suporte fático tenha como cerne uma exteriorização consciente de vontade, dirigida à obtenção de resultado juridicamente protegido, previsto na norma ou eleito pela própria parte.

Já o ato jurídico em sentido estrito é o que gera consequências jurídicas previstas em lei (tipificadas previamente), desejadas, é bem verdade, pelos interessados, mas sem qualquer regulamentação da autonomia privada. Surge como mero pressuposto de efeito jurídico preordenado por lei. Ilustrativamente, é possível invocar o exemplo do reconhecimento de paternidade, no qual há vontade exteriorizada no sentido de aderir a efeitos previamente previstos na norma, não sendo possível ao manifestante criar efeitos distintos daqueles contemplados na norma. Não é possível, assim, reconhecer um filho, impedindo-lhe, porém, de cobrar alimentos ou de ser herdeiro necessário.

Para MARCOS BERNARDES DE MELLO o ato jurídico em sentido estrito é o que “tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”.<sup>29</sup>

A distinção entre ato e negócio jurídico centra-se, pois, no poder de escolha da categoria jurídica respectiva (que é praticamente inexistente no ato e pleno no negócio) e não na presença de ato de vontade.

Exemplos esclarecedores de ato jurídico *stricto sensu* são a fixação de domicílio, o reconhecimento de filhos, a quitação, a escolha nas obrigações alternativas e o perdão.<sup>30</sup> Já o negócio jurídico pode ser exemplificado claramente através do contrato.

<sup>28</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: Plano da Existência, op. cit., p. 122.

<sup>29</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: Plano da Existência, op. cit., p. 141.

<sup>30</sup> Invocando a lição do mestre PONTES DE MIRANDA, o Professor MARCOS BERNARDES DE MELLO classifica os atos jurídicos em sentido estrito em: (i) *reclamativos* (caracterizados por reclamações ou provocações, como

Observe-se que, enquanto o Código Civil de 1916 adotava a teoria unitária do ato jurídico (sistema francês), não fazendo distinção entre o ato e o negócio jurídico, o novo *Codex* abraçou a teoria dualista (sistema alemão), distinguindo, explicitamente, os atos jurídicos *stricto sensu* dos negócios jurídicos, dada a autonomia conceitual de cada espécie.

Assim, derivando da teoria alemã, a tese dualista, que já tinha sido acolhida pela doutrina, faz distinção entre negócio jurídico e ato jurídico *stricto sensu*, ambos derivando de um tronco único: o ato jurídico *lato sensu*. Enquanto o ato jurídico em sentido estrito (ou ato não negocial) *tem consecutórios previstos em lei, afastando, em regra, a autonomia privada* (neles a intenção está em segundo plano, ganhando realce a consequência desejada), o negócio jurídico (ou ato negocial) é ato *de autonomia privada, com os quais o particular regula por si os próprios interesses*. É ato regulamentador dos interesses privados.<sup>31</sup> Desfechando: quando a autonomia da vontade não exercer influência nos efeitos decorrentes, ter-se-á ato jurídico sentido estrito, cujo efeito se produz *ex lege*, sem considerar a vontade do agente; já se o resultado depender da vontade (*ex voluntate*), é caso de negócio jurídico.

A finalidade do ato jurídico estrito *senso* está prevista em lei (embora a parte a deseje); já a do negócio jurídico pode se concretizar em momentos diversos da vida do direito.

Normalmente, os atos jurídicos em sentido estrito partem de manifestações de vontade, enquanto os negócios jurídicos são estribados em declarações de vontade. Trata-se de simples regra, que pode ser alterada no caso concreto, sem que qualquer prejuízo ocorra à configuração do ato.

Por derradeiro, impende chamar a atenção para a regra ínsita no art. 185 do Código Civil, nitidamente inspirada no art. 1.324 do Código Civil italiano, determinando a aplicação das regras dos negócios jurídicos (dada a maior complexidade e riqueza estrutural) aos atos jurídicos lícitos não negociais (em sentido estrito).

Reza, *in litteris*, o dispositivo legal:

Art. 185, Código Civil:

“Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

Concretamente, o interesse no estudo do negócio jurídico é, justificadamente, maior do que a preocupação com os atos jurídicos em sentido estrito, em razão da concepção voluntarista do ato negocial, decorrendo da vontade do agente os seus efeitos, sendo necessário o exame dos vícios que podem se abater sobre essa vontade, as cláusulas

na interpelação judicial); (ii) *comunicativos* (constituindo-se em verdadeiras comunicações de vontade, com o fito de dar ciência a outrem, podendo se exemplificar com a escolha da parte nas obrigações com prestações alternativas ou a comunicação de cessão do crédito); (iii) *enunciativos* (consistindo em simples exteriorização de vontade, de que é exemplo típico o reconhecimento de filiação ou a confissão); (iv) *mandamentais* (destinados a impor ou proibir certo procedimento por parte de outra pessoa, como na exigência de reparo na ruína de prédio vizinho pelo proprietário ou possuidor do prédio ameaçado); (v) *compósitos* (caracterizados por circunstâncias que se completam, como na fixação do domicílio, que exige ato concreto, a fixação, e a vontade de permanecer). Cf. *Teoria do fato jurídico*: Plano da Existência, op. cit., p. 141-142.

<sup>31</sup> Com esse pensamento, JOSÉ ABREU. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 17.

restritivas de sua eficácia etc. Já no ato jurídico *stricto sensu*, em que os efeitos decorrem diretamente da lei, pouca ou nenhuma interferência têm esses fatores, uma vez que o ato possuirá requisitos próprios, disciplinados em lei.

O Código Civil, então, determina a aplicação da disciplina dos negócios jurídicos aos atos jurídicos lícitos “no que couber”, deixando antever o respeito às diferenças ontológicas entre as citadas figuras jurídicas. Até porque não seria possível aplicar aos atos não negociais regras relacionadas à intenção do agente. Desse modo, a aplicabilidade das regras do negócio jurídico ao ato jurídico *stricto sensu* cinge-se às normas que não se refiram à intenção do declarante, como, por exemplo, as que tratam da forma do negócio jurídico ou da capacidade (CC, art. 104, I e III, entre outros).

Detecta-se, hodiernamente, uma tendência indubitosa no sentido de se negar à vontade individual a relevância que lhe era atribuída pela ciência jurídica nos Códigos oitocentistas (século XIX). Especialmente no Direito Civil, vislumbra-se a superação do voluntarismo e do individualismo por paradigmas sociais e éticos (como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, arts. 421 e 422 da Codificação Reale), valorizando a conduta das partes interessadas.<sup>32</sup>

Decorre dessa regra, pois, que o reconhecimento de filhos (exemplo de ato jurídico em senso estrito), embora irrevogável e irretratável (CC, art. 1.609), admite anulabilidade.

Não é demais registrar, concluindo a abordagem do ato jurídico em senso estrito, que alguns doutrinadores de escol, como os eminentes mestres baianos ORLANDO GOMES<sup>33</sup> e JOSÉ ABREU,<sup>34</sup> optam por uma subdivisão dos mesmos, encontrando as figuras dos *atos materiais* e das *participações*. Para eles, os atos materiais (ou reais) resultariam da atuação da manifestação volitiva corporificada em ato material (exemplo da tomada de posse), englobando um elemento psíquico (vontade) e outro concreto (a prática do ato correspondente). Não teriam destinatário, consistindo na simples atuação da vontade corporificada, que já lhes dá existência imediata. São, na realidade, os *atos-fatos jurídicos* que estudamos alhures. Por seu turno, as participações se caracterizam pela exteriorização de vontade para a ciência de fatos ou intenções, como na interpelação. Buscariam produzir efeito psíquico.

## 10 NEGÓCIO JURÍDICO

### 10.1 Noções gerais

Inicialmente, calha repetir, à exaustão, que os atos jurídicos, compreendidos em sentido amplo, dizem respeito aos atos decorrentes da vontade humana. E que essa

<sup>32</sup> Abordando a questão apresentada, é imperdível a lição de GUSTAVO TEPEDINO, tratando da concepção individualista e voluntarista que marcava o Direito Civil na época de elaboração do Código Civil de 1916, acrescentando uma nova e necessária visão a partir das regras constitucionais, que estabeleceram novas premissas para a interpretação do direito civil. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 2 ss.

<sup>33</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 253.

<sup>34</sup> ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 11.



vontade humana pode ser exteriorizada no sentido de aderir a efeitos jurídicos concretos previstos na norma jurídica (ato jurídico *stricto sensu*) ou pode ser dirigida à criação de concretos efeitos jurídicos (negócio jurídico).

Assim, negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*) é o acordo de vontades, que surge da participação humana e projeta efeitos desejados e criados por ela, tendo por fim a aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos. Há, nesse passo, uma composição de interesses (é o exemplo típico dos contratos), tendo a declaração de vontades um fim negocial.

Na visão particular de SANTORO-PASSARELLI, negócio jurídico é o “ato de autonomia privada, com o qual o particular regula por si os próprios interesses. Por outras palavras, é o ato regulamentador dos interesses privados”.<sup>35</sup>

É, pois, mais rico e complexo, em sua estrutura interna, do que o ato jurídico (no qual a vontade é apenas para aderir aos efeitos previstos na ordem jurídica), seja pelo seu conteúdo, seja pela produção de efeitos. No negócio, há uma composição de interesses, um regramento de condutas estabelecido bilateralmente, entre as partes envolvidas no acontecimento. Essa exteriorização de vontade presente no negócio jurídico tem o escopo negocial, visando *criar, adquirir, transferir, modificar* ou *extinguir* direitos.

## 10.2 Definição

De saída, convém encarecer vênia ao leitor para fugir das intensas controvérsias relativas às correntes dogmáticas que estudam e justificam o conceito de negócio jurídico, evitando uma fuga às explícitas finalidades restritas deste trabalho.<sup>36</sup>

Colocadas de lado as discussões doutrinárias relacionadas às teorias explicativas do negócio jurídico, é de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO a feliz conceituação do negócio

<sup>35</sup> Apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 364.

<sup>36</sup> Na tentativa de explicar o negócio jurídico, é possível encontrar três correntes que sobressaem: (i) *teoria voluntarista*; (ii) *teoria objetivista*; (iii) *teoria estruturalista*. A corrente *voluntarista* centra a importância do negócio jurídico em sua gênese, sendo a declaração de vontade a causa determinante da consequência pretendida. Pretendia WINDSCHEID que o negócio jurídico fosse “declaração privada de vontade, que visa a produzir um efeito jurídico”. Crítica aguçada sempre foi disparada a tal corrente, em razão de confundir negócio jurídico e declaração de vontade, olvidando não se tratar de expressões equivalentes. Com ORLANDO GOMES, “a declaração de vontade é nota comum de todo negócio jurídico, mas este, as mais das vezes, tem estrutura mais complexa” (*Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 270). Já os *objetivistas* concebiam o ato negocial como expressão da autonomia privada, tendo essência normativa. Isto é, tratar-se-ia de poder privado de autocriar um ordenamento jurídico particular, próprio. BETTI, dentre outros, qualificava a essência do negócio como um preceito. Foi criticada pela visão surreal, indo contra a natureza do próprio negócio. Dispara JUNQUEIRA DE AZEVEDO que transformar “o negócio em norma jurídica concreta é artificial” (*Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 12). Finalmente, a teoria *estruturalista* abandona a preocupação com a origem do negócio e com a sua gênese. Não importa de onde surge, nem o que é, mas interessa à sua estrutura, podendo ser definido como categoria em cuja estrutura há ato de vontade, com relevância jurídica a esse elemento volitivo e também declaração de vontade, cercada de circunstâncias negociais. É defendida, dentre outros, pelo Professor paulista ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Cf. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 16. O Código Civil de 2002, segundo a Exposição de Motivos (MOREIRA ALVES), não adotou a concepção objetivista, preferindo a concepção subjetivista, fundada na vontade, porém afastando-se dos exageros que se pode chegar com a defesa do dogma da vontade, temperando a importância da exteriorização da vontade (exemplos concretos de tal temperamento estão nos arts. 110 e 111 do CC).

jurídico como “todo fato jurídico consistente na declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.<sup>37</sup>

ORLANDO GOMES, por sua vez, dispara ser o negócio jurídico “toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante se reconhecido e garantido pela lei”.<sup>38</sup>

Como observado, o Código Civil de 1916 não admitia, explicitamente, a figura do negócio jurídico, deixando de promover a sua distinção em relação ao ato jurídico *stricto sensu*. A Codificação de 2002, em seu art. 104, expressamente acolhe a diferenciação, admitindo a existência do ato negocial com autonomia e independência conceitual, influenciado pela Escola alemã.

### 10.3 Características e breve esboço evolutivo

O negócio jurídico, por ser situação jurídica derivada do elemento volitivo (vontade humana), pertencente à classe dos fatos jurídicos cujo resultado final é pretendido, desejado, pelas partes, tem nítido cunho de satisfação de interesses privados.

Logo, a exteriorização da vontade é a nota característica que mais avulta no negócio jurídico. É a sua força propulsora.

É preciso aqui registrar, reiterando posição antes evidenciada à exaustão, que o elemento volitivo, fruto da *autonomia da vontade* e da *autonomia privada*,<sup>39,40</sup> marca registrada do negócio jurídico, não mais assume caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (CF/88, art. 1º, III).

Já se teve oportunidade, inclusive, de reconhecer o raciocínio aqui esposado em sede jurisprudencial, como se pode notar:

“A concepção moderna do princípio da autonomia da vontade, que se harmoniza com o princípio da obrigatoriedade dos contratos, afastou-se do seu caráter absoluto anterior e, diante de determinadas circunstâncias, admite a imposição de limites ao poder de

<sup>37</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 16.

<sup>38</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 269.

<sup>39</sup> Vale invocar o escólio de FRANCISCO AMARAL, para esclarecer que autonomia da vontade e autonomia privada, embora sejam expressões utilizadas por alguns como sinônimas, não se confundem. *Autonomia da vontade* tem conotação subjetiva, psicológica, dizendo respeito à possibilidade reconhecida ao titular de celebrar, ou não, negócios jurídicos. Já a *autonomia privada* marca o poder da vontade, sendo concernente ao poder dos particulares de regular, pelo exercício da própria vontade, o conteúdo e disciplina dos negócios que resolverem entabular. Cf. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 337-378.

<sup>40</sup> Por outro lado, FABIOLA SANTOS ALBUQUERQUE, invocando a lição do eminente PAULO LUIZ NETTO LÔBO, afirma o seu posicionamento de absoluta indistinção entre a autonomia privada e a autonomia da vontade, entendendo ser inócuo o esforço de diferenciar as figuras. Cf. “Liberdade de contratar e livre iniciativa”, op. cit., p. 76-77. Conquanto de grande preocupação prática, a posição da ilustre Professora pernambucana, contudo, é minoritária.

contratar” (TJ/RJ, Ac. 5ª Câm. Cív., Ap. Cív. 10.128/2000, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, *DOERJ* 6.11.2000).

É que a personalidade humana deve estar, sempre, sublinhada como valor jurídico insusceptível de redução a situações-tipo, sendo mister sua proteção eficaz e efetiva, nas múltiplas e renovadas circunstâncias em que se encontre.

Assim, embora a vontade sempre tenha sido considerada (e continuará, sem dúvida, a ser) como elemento propulsor do ato negocial, dúvida inexistente de que a sua compreensão deverá se dar à luz dos elevados princípios constitucionais protetivos da pessoa humana, considerada em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades, condições econômicas e sociais, respeitados seus valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de sua promoção e desenvolvimento (saúde, trabalho, educação).<sup>41</sup>

Não se pense, todavia, que se tenha negado o princípio da liberdade de contratação. Consagrada a livre iniciativa no art. 170 da *Lex Legum*, apenas foi instrumentalizada a serviço da cidadania, condicionada a um estágio menos maléfico, mais humanizado, de maneira a possibilitar a real igualdade entre as partes, proclamando os ideais de justiça social (art. 3º, CF).<sup>42</sup>

Assim, o negócio jurídico, assim como sói ocorrer com os demais institutos fundamentais do Direito Civil (a propriedade, o contrato, a responsabilidade civil, a sucessão, a família...), deve ser compreendido de maneira *funcionalizada*, preocupando-se em, concretamente, emprestar eficácia à organização social, abandonando o histórico caráter neutro para assumir feição integrada às necessidades reais do seu tempo.

Forte em FRANCISCO AMARAL, emprestar ao negócio jurídico (assim como aos demais institutos fundamentais do direito civil) “uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais”. E conclui o mestre fluminense: “é precisamente com esse entendimento (função social) que a autonomia privada pode e deve direcionar-se”, dizendo respeito “aos deveres das pessoas em relação à sociedade, superando-se o individualismo jurídico em favor dos interessados comunitários e corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo e capitalismo”.<sup>43</sup>

Exemplos eloquentes de uma concepção ética e social dos negócios jurídicos podem ser encontrados nos arts. 113, 421 e 422 do *Codex*, estabelecendo a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, como vetores apontando para um novo tempo de compreensão das relações negociais entre nós, transformando efetivamente a realidade viva das relações jurídicas privadas, em consonância com os ditames da solidariedade e justiça social.

<sup>41</sup> Assim, ANA LUIZA MAIA NEVARES. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”, op. cit., p. 253.

<sup>42</sup> Com esse pensamento também, FABIOLA SANTOS ALBUQUERQUE. “Liberdade de contratar e livre iniciativa”, op. cit., p. 81.

<sup>43</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, op. cit., p. 357.

O negócio jurídico transcende o individualismo da vontade para cumprir função de instrumento de concretização da nova tábua axiológica constitucional (CF/88, arts. 1º, III, 3º e 5º).<sup>44</sup>

Sem dúvida, esta há de ser a diretriz do negócio jurídico na perspectiva civil-constitucional: âmbito de atuação individual com eficácia jurídica, servindo aos ideais de desenvolvimento e realização da pessoa humana.

Nesse panorama de evolução da compreensão do negócio jurídico, especialmente considerando os novos valores afirmados pela Carta Magna, é mister superar a ideia de negócio jurídico fundado em autonomia privada, entronizada historicamente como a garantia da liberdade dos cidadãos.

No plano concreto do ato negocial, significa que as partes não estão obrigadas a cumprir, apenas, as obrigações impostas pelo próprio contrato, mas, por igual, devem respeitar deveres anexos, implícitos, que decorrem da ética comum esperada de todas as pessoas nas relações intersubjetivas. É o exemplo da empresa que aceita um pagamento através de cheque pós-datado e, em seguida, o deposita antes da data, sob a alegação de que o cheque é ordem de pagamento à vista, quebrando a confiança que despertou em seu cliente. Daí ter concluído a jurisprudência que “caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado” (Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça). Identicamente, as partes de um contrato devem ter a preocupação de não causar prejuízos a terceiros, cuidando, assim, dos impactos sociais do negócio.

Ora, considerando o deslocamento do eixo das relações privadas para a busca da *tutela da pessoa humana*, afirmando-se premente preocupação com o princípio da confiança (boa-fé objetiva e função social do contrato), urge revisitar o instituto, dando-lhe novo colorido. Com isso, afirma-se uma necessária limitação da liberdade de determinação do conteúdo negocial (no mais das vezes estabelecidas unilateralmente pelas grandes empresas e grupos econômicos), com maior intervenção estatal,<sup>45</sup> através de normas de ordem pública, para assegurar a primazia da cidadania.

Já há, inclusive, quem afirme que, “diante da crise que envolve a própria noção de autonomia privada, cabe questionar a subsistência do negócio jurídico como objeto de estudo no âmbito do Direito Civil. Mais relevante que o exame da figura do negócio jurídico, cujas raízes histórico-ideológicas se prendem à vida da sociedade alemã dos séculos XVIII e XIX, é partir, hoje, para o estudo do contrato, em qualquer dos variados aspectos que possa suscitar”, como dispara, corajosamente, LEONARDO MATTIETTO, para concluir, lembrando FRANCESCO GALGANO: “A verdade é que os nossos civilistas falam enfim de negócio jurídico mais por hábito linguístico que por convicção conceitual”.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Seja consentido, mais uma vez, remeter o leitor ao texto de GUSTAVO TEPEDINO. “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 2 ss.

<sup>45</sup> Também com esse pensar, FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*, op. cit., p. 40.

<sup>46</sup> MATTIETTO, Leonardo. “O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil”, op. cit., p. 34.

## 10.4 Classificação

A classificação dos negócios jurídicos deve ser feita através da verificação dos elementos comuns e diferenciais que os estremam, a partir de critérios distintos,<sup>47</sup> resultando em diversas espécies que servem para auxiliar o aplicador da norma.

Assim, diversas são as classificações formuladas do negócio jurídico, variando conforme o critério enfocado. Veja-se, então, sistematicamente:

- i) quanto à declaração de vontade das partes, o negócio jurídico pode ser *unilateral* (quando se aperfeiçoar apenas com uma única manifestação de vontade, como no testamento), *bilateral* (sendo aquele que se completa com duas manifestações de vontade, coincidentes com o mesmo objeto, através de consentimento mútuo, porém com interesses antagônicos, como se pode notar no casamento ou na compra e venda) ou, ainda, *plurilateral* (dizendo respeito àquele negócio que envolve a composição de mais de duas vontades paralelamente manifestadas por diferentes partes, com um interesse convergente, como, *e. g.*, no contrato de sociedade);
- ii) quanto aos titulares, o negócio pode ser *inter vivos* (quando é celebrado para produzir efeitos desde logo, quando ainda vivos os contratantes, ainda que, eventualmente, um deles venha a morrer, de que é exemplo o contrato de compra e venda) ou *causa mortis* (cujos efeitos somente decorrem após o óbito de um ou de mais de um dos declarantes, podendo ser lembrado o testamento);
- iii) quanto aos benefícios patrimoniais reconhecidos às partes, o negócio jurídico pode ser *oneroso* (quando há vantagem patrimonial para ambas as partes. É o exemplo do contrato de compra e venda. Vale lembrar que o negócio oneroso pode ser *comutativo* ou *aleatório*, distinguindo-se porque naquele há prévio conhecimento das vantagens econômicas auferidas pelas partes, como na aquisição de um bem imóvel, enquanto neste as vantagens a serem obtidas são incertas e não sabidas, como no contrato de seguro e na cessão de direitos hereditários), *gratuito* (referindo-se àquele em que só uma das partes auferirá benefícios, de que é hipótese a doação sem encargo, chamada de pura e simples), *neutro* (constituindo espécie desprovida de expressão econômica, como na gestação em útero alheio, que será, necessariamente, destituída de qualquer envolvimento patrimonial, consoante a advertência da Lei nº 9.434/97) ou *bifronte* (quando o negócio puder ser gratuito ou oneroso, a depender da vontade almejada pelas partes, como se nota do contrato de depósito, que permite a convenção de remuneração do depositário, convertendo-se em oneroso, nos termos do art. 644 do Código Civil);<sup>48</sup>
- iv) quanto à forma, pode ser o ato negocial *formal* (também dito *solene*, quando tiver de obedecer a alguma solenidade exigida por lei, como da essência do ato,

<sup>47</sup> Assim, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 495-496.

<sup>48</sup> Admitindo esse raciocínio, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo Curso Direito Civil*, op. cit., p. 324.

- como o casamento ou a compra e venda de imóvel) ou *informal* (com forma livre, consistindo na regra geral, de que é exemplo um empréstimo);
- v) quanto à importância, o negócio poderá ser *principal* ou *acessório*, se tiver, ou não, existência própria. Se tiver existência autônoma, independente de outro, é principal; se, entretantes, a sua existência e destino são subordinados juridicamente a outro negócio, trata-se de negócio acessório. É possível invocar o exemplo do contrato de empréstimo e de fiança como eloquente exemplo de negócio principal (o empréstimo) e acessório (a fiança). No mesmo passo, vale lembrar o casamento e o pacto antenupcial;
  - vi) quanto à duração, poderá o negócio ser *instantâneo* (cujos efeitos são exauridos em momento único, podendo ser lembrada como exemplo a compra e venda à vista) ou *de duração*, também dito *de trato sucessivo* (hipótese em que os efeitos são protraídos no tempo, como na compra e venda em prestações). Releva a distinção porque somente o negócio de trato sucessivo admite a resolução ou revisão judicial por onerosidade excessiva, nos termos dos arts. 478 a 480 do Código Civil;
  - vii) quanto à causa, existe o negócio jurídico *causal* (quando fundado em motivo determinante) ou *abstrato* (sem causa predeterminada);
  - viii) quanto à eficácia, pode ser que o negócio assuma forma *consensual* (bastando-lhe, para o seu aperfeiçoamento, a exteriorização da vontade das partes), *solene* (quando for exigido, por lei, o atendimento a alguma formalidade ou solenidade, sob pena de nulidade, nos termos do art. 166 da Lei Civil) ou *real* (hipótese em que a perfectibilização do negócio jurídico depende da tradição, isto é, da efetiva entrega do objeto negocial).

Além dos critérios apontados, sobreleva registrar que já se fala na classificação dos negócios jurídicos a partir da extensão dos interesses das partes. Por esse critério, pode o negócio assumir feição *intersubjetiva* (contando com apenas uma pessoa em cada um dos polos da relação, no típico exemplo do contrato de mandato), *plúrima* (quando um ou ambos os polos da relação negocial conta com mais de um sujeito, como na prestação de serviços por duas ou mais pessoas) ou *individual homogênea* (quando contar com a presença de uma entidade, regularmente autorizada, representando os interesses de uma das partes, consubstanciando interesses de um grupo determinado de pessoas, previamente determinadas e determináveis).<sup>49</sup>

Pelo mesmo fio condutor, pode o negócio jurídico produzir efeitos *difusos* ou *coletivos*. Há negócio com eficácia *coletiva* no caso de os interesses defendidos serem de abrangência coletiva, como na convenção coletiva de trabalho firmada por sindicato. A outro giro, será *difusa* a produtividade dos efeitos quando estiver presente entidade representativa de interesses difusos, como na hipótese de o Ministério Público celebrar termo de ajustamento de conduta tendo como objeto a proteção ao meio ambiente. Importa lembrar que os negócios jurídicos difusos apresentam cunho eminentemente extrapatrimonial,

<sup>49</sup> Nesse sentido, consulte-se ROBERTO SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 334-335.



em razão da matéria sobre a qual versam, não se admitindo cláusulas em que se disponha sobre o conteúdo material dos direitos em apreço, pois pertencem à coletividade (direitos de massa).<sup>50</sup> Ou seja, a validade dos negócios difusos depende da inexistência de concessões mútuas, pois o direito não pertence aos legitimados para celebrá-los, servindo como instrumento de proteção dos valores mais significativos da sociedade, como o meio ambiente, a defesa do consumidor, a moralidade administrativa etc. É o exemplo dos termos de ajustamento de condutas celebrados pelo Ministério Público ou por entidades do poder público (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública).

Há interessante precedente jurisprudencial que pode ser trazido à baila para ilustrar a matéria tratada:

“Sendo o âmago da questão a proteção aos interesses de todos e inexistente qualquer nocividade do produto, protegida está a sociedade, reputando-se perfeitamente viável a transação e julgando-se extinto o procedimento recursal” (STJ, Ac. 2ª T., REsp. 8741, Rel. Min. Hélio Mossimann, j. 13.11.1991, DJU 10.2.1992).

FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO ilustra a possibilidade de negócios jurídicos difusos fazendo referência à *operação interligada*, que é instrumento de intervenção urbanística utilizado pela administração municipal do Rio de Janeiro para obter a cooperação de pessoas naturais e jurídicas em determinados empreendimentos imobiliários. Pelo referido negócio, o Poder Público autoriza a realização de um projeto imobiliário específico, que não atende integralmente à legislação urbanística pertinente, obtendo, em troca, como contrapartida, um benefício (como a construção ou reforma de prédios públicos municipais, dentre outras possibilidades). Outro negócio jurídico difuso mencionado é a *urbanização consorciada*, consistente na realização de empreendimentos conjuntos entre a iniciativa privada e a municipalidade, com o fito de dividir projetos comuns, como a urbanização de favelas ou loteamentos irregulares ou clandestinos.<sup>51</sup> Em tais hipóteses, além do Poder Público, também o Ministério Público tem legitimidade para firmar termos de ajustamento (negócios jurídicos).

É mister, outrossim, fazer menção ao chamado *negócio de acerto*. Trata-se de negócio celebrado com base na teoria do reconhecimento como causa da obrigação. Nele se demonstra uma declaração de verdade pronunciada pelas mesmas partes de um contrato, com o fito de esclarecer os direitos e deveres recíprocos, gerando obrigações para elas. É, pois, o negócio celebrado pelas próprias partes de um outro ajuste, destinado à eliminação de um estado de incerteza, acerca do pacto anteriormente acertado. Essa, aliás, é a sua causa: afastar as dúvidas de um outro contrato.<sup>52</sup> Finalmente, registre-se

<sup>50</sup> Sobre o tema é imperdível a obra de FRANCISCO JOSÉ MARQUES SAMPAIO. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*, op. cit., especialmente as conclusões apresentadas nas páginas 118-119.

<sup>51</sup> SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*, op. cit., p. 124-125.

<sup>52</sup> Em obra dedicada ao tema, HIDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO percebe ser exatamente a presença dessa causa (eliminar dúvidas sobre um negócio anterior) “que impede a quebra do vínculo existente entre a situação jurídica primitiva e o negócio de acerto. Se faltasse causa, o negócio não poderia produzir os efeitos que lhe são próprios, isto é, evitar os sucessivos retornos à mesma incerteza, pretendendo que o acerto pudesse ser realizado de forma diferente” (*Negócio de acerto*, op. cit., p. 122).

que ao negócio de acerto aplicam-se, subsidiariamente, as regras codificadas da transação (CC, arts. 849 ss).

### 10.5 Regras de interpretação

A partir da necessária perspectiva civil-constitucional, até porque não há outro modo de entender o Direito Civil da pós-modernidade (como vislumbra ERIK JAIME, de Heidelberg), impende estabelecer uma regra fundamental de interpretação de toda e qualquer atividade negocial: a boa-fé objetiva.

É que, como ensina GUSTAVO TEPEDINO, “a leitura da *cláusula geral da boa-fé objetiva a partir dos princípios constitucionais* informadores da atividade econômica privada *permite desvendar o verdadeiro sentido transformador do preceito na teoria da interpretação dos negócios jurídicos*”, deixando antever a importância da cláusula como fonte precípua de interpretação negocial.<sup>53</sup>

De fato, o dever de interpretar todo e qualquer negócio conforme a boa-fé objetiva encontra-se, sem dúvida, informado pelos princípios constitucionais fundamentais para a atividade privada – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social da livre iniciativa privada (art. 1º, IV), a solidariedade social (art. 3º, I) e a igualdade substancial (arts. 3º, III, e 5º).

Nesse sentido, acolhendo tais ponderações, o art. 113 do Código Civil prevê, expressamente, que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé.

A boa-fé na nova ordem jurídica positivada, ao revés do Código Civil de 1916, em que era encarada tão somente em seu aspecto subjetivo, é considerada de forma *subjetiva e objetiva*. A boa-fé objetiva é a busca do equilíbrio. Constitui-se, a um só tempo, na *estipulação de deveres anexos, implícitos, nos negócios, impondo probidade, honestidade, ética, honradez e informação*, mesmo não estando previstos expressamente na declaração negocial, além de *limitar o exercício dos direitos subjetivos, evitando o abuso de direito e, finalmente, servindo como fonte de interpretação dos negócios jurídicos*.<sup>54</sup> O ilícito contratual, portanto, não se caracteriza apenas pelo descumprimento de regras expressamente convencionadas, mas também pela violação de determinados princípios, que se consideram implicitamente inseridos, encartados, no negócio.

É feliz ROSE MELO VENCELAU ao comentar o supracitado dispositivo legal, valendo, aqui, transcrever seus ensinamentos: “Com isso, percebe-se uma relativização do

<sup>53</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, op. cit., p. XXXI.

<sup>54</sup> Confira-se, nesse diapasão, a lição do culto RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, apontando três funções principais para o princípio da boa-fé: (i) *fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações*; (ii) *cria deveres secundários ou anexos*; (iii) *limita o exercício de direitos*. Cf. “A boa-fé na relação de consumo”, op. cit., p. 25. Também com essa ideia, vislumbrando na boa-fé objetiva uma tríplice função, a Professora gaúcha JUDITH MARTINS-COSTA indica como a boa-fé objetiva se conduz nos contratos: “*Como norma de interpretação e integração, para determinar o comportamento devido; como limite ao exercício de direitos subjetivos, sistematizando e especificando casos que na ausência de cláusula geral estariam dispersos entre vários institutos diversos; e como fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma ‘totalidade concreta’*” (apud VENCELAU, Rose Melo. “O negócio jurídico e suas modalidades”, op. cit., p. 197).

subjetivismo da interpretação do negócio jurídico, uma vez que, se, por um lado, a investigação sobre a intenção é importante, por outro, elementos objetivos devem também ser observados. Desse modo, o novo Código mais parece ter pendido para uma teoria intermediária, como a teoria da confiança, entre a vontade real do agente e a declaração por ele levada a efeito”.<sup>55</sup>

A jurisprudência já teve oportunidade de reconhecer a aplicação do princípio da boa-fé objetiva como cânone interpretativo dos negócios jurídicos. Veja-se ilustrativamente:

“Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador” (TJ/RS, Ac. 589073956, 5ª Câ. Cív., Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.12.1989, *Ajuris* 50: 207).

“O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de Memorando de Entendimento, para suspensão de execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., RMS 6183, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 14.11.1995).

Estabeleça-se, pois, que interpretar o negócio jurídico de acordo com a boa-fé significa, em última análise, garantir sua funcionalidade.

Visualizado o cânone interpretativo fundamental, apresentemos as demais regras de interpretação do negócio jurídico, conforme referência do Código Civil, em outros dispositivos relacionados à matéria, espalhados nos arts. 110 a 114.

No art. 110, o Código Civil cuida da reserva mental, caracterizada como a emissão de uma declaração não querida, não desejada, em seu conteúdo e muito menos em seu resultado, tendo por fito único enganar, iludir, o declaratário (parte contrária).<sup>56</sup> No negócio celebrado com reserva mental, o declarante afirma determinada intenção que sabe, previamente, não pretender cumprir. Logo, declara apenas para enganar a parte contrária. Pressupõe, logicamente, os seguintes elementos: (i) declaração não desejada em seu conteúdo e resultado; (ii) ânimo de iludir a parte contrária ou terceiro. É possível citar como casos de reserva mental a declaração do autor de obra literária anunciando tratar-se de livro destinado à campanha filantrópica, apenas com o propósito de assegurar a circulação e impulsionar as vendas, ou o casamento do estrangeiro com mulher da terra apenas com o fito de não ser expulso do país.

Bifurca-se a reserva mental em duas modalidades: (i) sem o conhecimento do destinatário e (ii) com o conhecimento do destinatário. Na primeira hipótese, o negócio subsiste, sendo *irrelevante* a reserva mental desconhecida da parte contrária. Na outra hipótese,

<sup>55</sup> VENCELAU, Rose Melo. “O negócio jurídico e suas modalidades”, op. cit., p. 196-197.

<sup>56</sup> Com igual pensar, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, op. cit., p. 58.

sendo conhecida a reserva mental pela parte adversa, isto é, sabendo que o declarante não cumprirá o conteúdo negocial, o negócio será inexistente (dada a ausência de qualquer ato negocial) ou, se houver intenção de prejudicar terceiros ou violar a lei, estará eivado de nulidade (de acordo com o art. 167 do *Codex*), caracterizando verdadeira simulação.<sup>57</sup>

Na sequência, o art. 111 da Codificação Reale trata do silêncio, determinando que seja interpretado como caracterizador de concordância com o negócio, desde que as circunstâncias ou os usos locais autorizem e não seja necessária declaração de vontade expressa.

Não se deve, entretanto, considerar o silêncio como uma espécie de declaração de vontade. Trilhando nesse caminho, ROSE MELO VENCELAU esclarece que “não é o silêncio uma declaração de vontade expressa ou tácita[...] Não se confunde com a declaração tácita, uma vez que esta se apresenta com atitudes do declarante que tornam clara sua vontade, por exemplo, na hipótese prevista no art. 1.805 do Código Civil. O silêncio é a inércia do agente que, de acordo com a análise das circunstâncias do caso, pode provocar efeitos de uma declaração volitiva”.<sup>58</sup> É o juiz quem deve averiguar, consideradas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso, se o silêncio traduziu, ou não, declaração de vontade no caso concreto. A título exemplificativo, é possível observar que nas doações pura e simples (sem encargo) o silêncio do donatário poderá caracterizar aceitação.

Já no art. 112 o *Codex* preconiza que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Em síntese, o que importa é a vontade real e não a vontade declarada, importando interpretar o negócio, de acordo com a boa-fé, para elucidar a intenção das partes, sem vinculação ao teor da redação do negócio (linguística). É a chamada *teoria da confiança*, que mantém íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva. Por conta da teoria da confiança, a declaração de vontade deve prevalecer sobre a efetiva vontade na medida em que tenha suscitado legítima expectativa no destinatário, conforme as circunstâncias objetivas. Assim, “verificada a boa-fé do destinatário, a declaração é válida conforme a confiança que nele tenha despertado”, como pondera FRANCISCO AMARAL.<sup>59</sup>

Frente aos argumentos suso escandidos, é possível sintetizar algumas regras de interpretação decorrentes da análise dos citados dispositivos legais:

- i) as palavras e expressões ambíguas devem ser interpretadas pelos costumes locais;

<sup>57</sup> Anuindo a essa conclusão, MARIA HELENA DINIZ afirma que “se conhecida (a reserva mental) da outra parte, não torna nula a declaração de vontade, pois esta inexistente, e, consequentemente, não se forma qualquer ato negocial, uma vez que não havia *intentio* de criar direito, mas apenas de iludir o declaratório. Se for desconhecida pelo destinatário, subsiste o ato. Se, além de enganar, houver intenção de prejudicar, ter-se-á vício social similar à simulação, ensejando a nulidade do ato negocial” (*Novo Código Civil Comentado*, op. cit., p. 118-119).

<sup>58</sup> VENCELAU, Rose Melo. “O negócio jurídico e suas modalidades”, op. cit., p. 192.

<sup>59</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução, op. cit., p. 383. SÍLVIO RODRIGUES, por seu turno, também adere ao pensamento: “Se a declaração difere da vontade, é a declaração que deve prevalecer, pois a pessoa a quem é dirigida decerto não tinha elementos para verificar a disparidade. Se, entretanto, esse contratante conhecia a divergência entre o querido e o declarado, ou se podia descobri-la atuando com mediana inteligência, então não sofre prejuízo com o prevalecimento da vontade real sobre a declarada, nem merece que se lhe conceda proteção, pois entrou consciente no negócio, conhecendo os riscos que ameaçavam a sua anulação” (*Direito Civil*, op. cit., p. 186).

- ii) as expressões não compreensíveis são tidas como não escritas;
- iii) o conteúdo negocial só compreende as coisas sobre as quais podem as partes pactuar;
- iv) os negócios jurídicos que estabeleçam benefícios, privilégios, a renúncia e as cláusulas sancionatórias devem ser interpretados restritivamente;
- v) as cláusulas de uso são subentendidas no negócio;
- vi) na dúvida, interpreta-se favoravelmente ao devedor;
- vii) em se tratando de negócio consumerista, interpreta-se em favor do consumidor (hipossuficiente);
- viii) o testamento é interpretado pelo sentido que pretendeu o testador (CC, art. 1.899).

## 10.6 Diferentes planos (dimensões) do negócio jurídico

Conforme analisado em passagem anterior, não é possível compreender o fenômeno jurídico, senão a partir de seus três diferentes planos: *existência*, *validade* e *eficácia*. E sendo o negócio jurídico uma espécie do gênero fato jurídico, também o seu exame pode (*rectius*: deve!) ser feito nesses três planos.

O precursor dessa divisão foi PONTES DE MIRANDA, em seu monumental *Tratado de Direito Privado*, seguindo-lhe, hodiernamente, a grande parte de nossa doutrina.<sup>60</sup>

Como esclarece ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”.<sup>61</sup>

A partir dessa ideia, poderemos organizar a estrutura do negócio jurídico da seguinte forma:

- i) *plano da existência*, relativo ao *ser*, isto é, à sua estruturação, de acordo com a presença de elementos básicos, fundamentais, para que possa ser admitido, considerado;
- ii) *plano da validade*, dizendo respeito à aptidão do negócio frente ao ordenamento jurídico para produzir efeitos concretos;
- iii) *plano da eficácia*, tendo pertinência com a sua capacidade de produzir, desde logo, efeitos jurídicos ou ficar submetido a determinados elementos acidentais, que podem conter ou liberar tal eficácia.

<sup>60</sup> Também compreendem o negócio jurídico a partir de seus três diferentes planos: ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico*: Existência, validade e eficácia, op. cit., p. 23 ss; MARCOS BERNARDES DE MELLO. *Teoria do Fato Jurídico*: Plano da Existência, op. cit., p. 82 ss; RENAN LOTUFO. *Curso Avançado de Direito Civil*, op. cit., p. 224 ss; ROBERTO SENISE LISBOA. *Manual Elementar de Direito Civil*, op. cit., p. 349 ss; INACIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 130 ss; JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES. “Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 291 ss; PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 321-322; e JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI. *Curso Básico de Direito Civil*, op. cit., p. 180 ss.

<sup>61</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: Existência, validade e eficácia, op. cit., p. 24.

Conforme a precisa lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, no plano da existência é preciso preencher *pressupostos ou elementos de existência*; enquanto no plano da validade é necessário que estejam presentes os *requisitos de validade*; e, finalmente, no plano da eficácia, encontram-se os *fatores de eficácia*.<sup>62</sup>

De forma mais específica. Inicialmente, averigua-se a presença dos elementos estruturantes para que seja considerado na esfera jurídica. São elementos essenciais, sem os quais não terá o negócio sequer possibilidade de produzir efeitos. Em seguida, no nível da validade, se analisam os requisitos de conformidade com a ordem jurídica, para afirmar a aptidão do negócio para produzir efeitos. Finalmente, na última etapa, será conferida a produtividade imediata dos efeitos, ou não. Trata-se de análise progressiva, tendo como plano prejudicial e imprescindível a existência.

Tomando como exemplo o testamento, é possível afirmar que *existirá* quando o sujeito emitir vontade, no sentido de dispor de seu patrimônio para depois de sua morte. Em seguida, será *válido* se contiver os requisitos exigidos por lei, possuindo declaração de vontade íntegra, sem vícios, emitida por agente capaz. No entanto, *existindo* e sendo *válido* o negócio, não significa que o testamento irá produzir *efeitos* necessariamente. Como se sabe, somente depois da morte do declarante é que os efeitos do testamento decorrerão, vislumbrando-se, assim, a autonomia dos três diferentes planos.

### 10.7 Plano da existência e seus pressupostos (elementos de existência)

No plano de existência não se discute a validade ou invalidade do negócio e tampouco a sua eficácia. Nesse plano analisa-se o *ser*, isto é, o preenchimento das condições mínimas para que possa produzir efeitos.

O negócio jurídico inexistente é o que não possui os elementos fáticos que a sua natureza supõe e exige como condição existencial, conduzindo a sua falta à impossibilidade de sua formação. Assim, frustrados os elementos de existência, não existe na órbita jurídica, não podendo produzir, por conseguinte, qualquer efeito jurídico. É o *não-ato*.

Como afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO, “no plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência”.<sup>63</sup>

Conquanto o Código Civil não mencione expressamente os elementos da existência do negócio jurídico, é indubitado que, antes de produzir efeitos com eficácia no plano concreto, o negócio precisa *existir juridicamente*.

Não existindo juridicamente, o negócio sequer precisará ser destituído judicialmente (como exigem os franceses), porque a inexistência é o “*não ser*”. Logo, não tendo vocação para produzir qualquer efeito, não há necessidade de declarar o negócio

<sup>62</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 26 ss.

<sup>63</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 83 ss.



inexistente como tal. Excepcionalmente, apenas, é possível a declaração judicial da inexistência do negócio, em razão de efeitos indiretos gerados por ele. É o exemplo do casamento celebrado por um Delegado de Polícia ou por um Juiz do Trabalho. O ato em si é inexistente e, como tal, não se mostra necessária a propositura de uma ação para declará-lo como tal. Todavia, pode ser admissível o ajuizamento de ação para anular o registro público de casamento, se eventualmente foi assentado pelo Oficial.

Muito embora a doutrina não seja pacífica quanto aos *elementos existenciais*, é possível identificá-los. Assim, são *pressupostos de existência* do negócio jurídico:

- i) agente;
- ii) objeto;
- iii) forma;
- iv) vontade exteriorizada consciente.

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, inclusive, chama a atenção para o fato de que é a “declaração de vontade” e não a vontade propriamente dita que se constitui elemento existencial do negócio jurídico, uma vez que “cronologicamente, ele (o negócio) surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração”.<sup>64</sup> A tudo isso acresça-se que a vontade não exteriorizada nenhum efeito poderá produzir no plano concreto.

É certo, e isso não se pode colocar em dúvida, que sem a exteriorização da vontade não há negócio jurídico, tomando-se como exemplo o contrato em que as partes não declaram sua intenção.

De outro lado, presentes os elementos mínimos, tem-se existente o negócio jurídico. É o exemplo do contrato de compra e venda de imóvel celebrado por escritura particular. Encontrando-se no negócio *sujeito* (comprador e vendedor), *objeto* (a alienação do bem), *forma* (escrito particular) e *vontade declarada* (uma no sentido de vender, compondo-se com outra no sentido de adquirir), o negócio preencheu os elementos do plano da existência, devendo ser analisado, dali em diante, no plano da validade.

## 10.8 Plano da validade e seus requisitos: a invalidade (nulidade a anulabilidade) do negócio jurídico

### 10.8.1 Considerações gerais sobre o plano da validade

Somente após a verificação da existência do negócio jurídico (afirmada a partir da presença de seus pressupostos, elementos, mínimos) é que será possível apreciar o plano da validade, averiguando a presença dos requisitos de validade exigidos por lei. Há uma verdadeira relação implicacional: se se analisam os requisitos de validade, é porque estão presentes os elementos do plano da existência, necessariamente.

<sup>64</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 82.

Não passou ao largo da perspicaz observação do saudoso SAN TIAGO DANTAS a necessidade de respeito a condições de validade para que o negócio se torne idôneo a produzir efeitos. Esclarece o saudoso mestre da Faculdade Nacional de Direito (hoje UFRJ) a indispensabilidade, com vistas a que produzam efeitos, de que os negócios jurídicos “reúnam certo número de requisitos que costumamos apresentar como os da sua validade. Se o ato possui tais requisitos, é válido e dele decorre a aquisição, modificação ou extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão”.<sup>65</sup>

É no plano da validade que o negócio jurídico encontrará plena justificação teórica, apreciando o papel maior ou menor da vontade exteriorizada, bem como os limites da autonomia privada, a forma, o objeto e o conteúdo.

Preciosa a lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, dizendo entender-se “perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica”.<sup>66</sup>

Assim, fácil perceber a função do plano da validade, servindo como rede de proteção da vontade que está sendo exteriorizada pela(s) parte(s).

### 10.8.2 Os requisitos da validade

Ora, se a validade é – e não poderia ser diferente – a qualidade da qual deve se revestir o negócio ao ingressar no mundo jurídico, consistente em estar em conformidade com as regras (opções) do ordenamento jurídico,<sup>67</sup> decorre – quase que intuitivamente – que os requisitos exigidos nesse plano tratam da qualificação dos próprios pressupostos existenciais.

Apresentam-se os requisitos da validade, pois, como os caracteres exigidos por lei para o preenchimento do plano da validade.

Nessa linha de intelecção, é fácil concluir que há certo paralelismo entre os elementos do plano da existência e os elementos do plano da validade, constituindo estes, de forma simples e direta, a qualificação, adjetivação, daqueles.<sup>68</sup> *Correspondem os requisitos do plano da validade às qualidades que os elementos estruturais (existenciais) devem ter.*

No primeiro plano (existência), os elementos aparecem, estruturam o negócio. Já no plano seguinte (validade), aqueles mesmos elementos se qualificam, para que se tornem aptos a produzir efeitos.

<sup>65</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, op. cit., p. 225.

<sup>66</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 41.

<sup>67</sup> Concordando com esse raciocínio, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 42, chega a afirmar, em conclusão: “‘válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas”.

<sup>68</sup> Trilhando o mesmo caminho, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 338.

Assim, qualificando os elementos existenciais, tem-se como requisitos da validade do negócio jurídico, a partir da leitura do art. 104 do Código Civil:

- i) agente *capaz*;
- ii) objeto *lícito, possível, determinado ou determinável*;
- iii) forma *adequada (prescrita ou não defesa em lei)*;
- iv) vontade exteriorizada conscientemente, *de forma livre e desembaraçada*.

Em primeiro lugar, veja-se que o agente deve ser capaz, respeitadas as hipóteses de absoluta e relativa incapacidade traçadas pelos arts. 3º e 4º da Codificação. Não se olvide que, como visto alhures, por vezes poderá a lei exigir, além da *capacidade geral*, determinado requisito concreto, denominado doutrinariamente *capacidade específica* ou *legitimação*, da qual é exemplo elucidativo a outorga do cônjuge para a alienação de bens imóveis por pessoas casadas, exceto se o regime de bens do casamento for a separação de bens (CC, art. 1.647).

O objeto há de ser lícito, possível, determinado ou determinável, não se contrapondo à lei, à moral ou aos bons costumes.

Também merece qualificação a forma. Embora, de regra, seja livre, não se pode ignorar que a lei, não raro, exigirá forma especial, como se depreende da simples – e ainda que perfunctória – leitura do art. 107 do Texto Codificado: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”. Exemplo claro são os contratos de compra e venda de imóveis, que exigem escritura pública, registrada em Cartório de Imóveis.

Relembre-se, à exaustão, que a regra é a forma livre, pelo que qualquer exigência de forma especial depende de previsão normativa.

A vontade, por sua vez, deve ser explicitada de forma livre, sem embaraços, não podendo estar impregnada de malícia ou vício. É preciso que a exteriorização da vontade ocorra com respeito à boa-fé (objetiva e subjetiva) e à autonomia privada. Sofrendo alguma mácula (seja a má-fé, seja a quebra da autonomia privada), haverá defeito na manifestação de vontade, caracterizando os chamados *defeitos do negócio jurídico*, que podem ser *vícios de vontade* (quando houver discordância entre a vontade e a declaração de vontade) ou *vícios sociais* (quando a vontade estiver *perturbada*, sendo explicitada para causar prejuízo a alguém ou fraudar a lei).<sup>69</sup>

### 10.8.3 A representação no negócio jurídico

#### a) *Nota introdutória*

Tema dos mais relevantes na teoria dos fatos jurídicos, sem dúvida, pertine à representação. Até mesmo porque o referido instituto também projeta seus tentáculos em outras sedes, como na teoria da capacidade jurídica.

<sup>69</sup> Nesse sentido, a cátedra de SAN TIAGO DANTAS. *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, op. cit., p. 226.

De saída, convém diferenciar a representação legal<sup>70</sup> (também dita representação necessária) e a voluntária (ou privada, como preferem alguns). Aquela (a representação legal) corresponde ao poder, conferido por lei, de agir em nome de outrem, de um incapaz. É o caso dos pais, tutores e curadores.<sup>71</sup> Esta (a representação voluntária), quando o poder de atuação em nome de outra pessoa é concedido por ato do próprio interessado, da própria pessoa cujos interesses estarão em pauta.

Releva, nesse ponto, promover o estudo da representação voluntária, por dizer respeito à exteriorização válida da vontade – que é elemento de validade do negócio jurídico.

Sem dúvida, de regra, os negócios e atos jurídicos (em senso estrito) são realizados pessoal e diretamente pelos interessados, sobre os quais deverão incidir os efeitos. Não se nega, no entanto, a possibilidade (bastante comum) de prática do negócio por uma pessoa para projetar efeitos na esfera de interesses de outra. É que existem situações concretas, cotidianas, nas quais, por variados e incontáveis motivos (especialmente na sociedade hodierna, multifacetária, complexa e dinâmica), surge para alguém a necessidade de que outra atue em seu lugar, permitindo àquela adquirir direitos ou obrigações como se estivesse agindo pessoalmente. É o exemplo de uma compra e venda cujo adquirente encontra-se no exterior e confere poderes para que alguém exercite a sua vontade, em seu favor, representando-o na celebração do negócio.

#### **b) A representação voluntária no Direito Civil**

Originada da expressão latina *representatio, representationis*, significando a ação ou efeito de pôr diante dos olhos de alguém, a representação consiste em verdadeira substituição da exteriorização da vontade. Explica MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR que na representação a vontade é manifestada “por outra pessoa, por ‘interveniente ou cooperador’, o qual ‘faz as vezes de’, ‘apresenta-se no lugar de’, agindo e fazendo com que os efeitos jurídicos e econômicos do negócio celebrado por seu intermédio recaiam diretamente na esfera jurídica do substituído, ou seja, do *dominus negotii*”.<sup>72</sup>

A representação voluntária surge da ideia fundamental de que alguém pode celebrar um negócio ou um ato jurídico em nome de outra pessoa, sobre cuja esfera jurídica serão produzidas as consequências jurídicas.

Por isso, consubstancia, no âmbito da ciência jurídica, o fenômeno da *cooperação*. É, pois, cooperação (colaboração) jurídica. Torna possível a celebração de contratos entre um interessado direto ou principal (o representado) e uma outra pessoa interessada (o terceiro), por intermédio de um agente interposto (o representante privado), de maneira tal que os efeitos atinjam apenas o representado e o terceiro, passando longe da esfera jurídica de interesses do representante. Equivale a dizer: uma pessoa participa

<sup>70</sup> A expressão foi talhada por FRANCESCO CARNELUTTI, considerando que, nessa hipótese, decorre da própria incapacidade do representado (apud MATTIETTO, Leonardo. “A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração”, op. cit., p. 55).

<sup>71</sup> Também não se confunde a representação privada com a sucessão por representação (também chamada de representação por estirpe), que ocorre em casos nos quais o sucessor é pré-morto (faleceu primeiro do que o autor da herança), indigno (CC, art. 1.814) ou deserdado (CC, art. 1.961-1.963).

<sup>72</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 24.

pessoalmente de um negócio que produzirá efeitos sobre outra<sup>73</sup> (a verdadeira parte do ato negocial).

Caracteriza-se, pois, a representação pela evidente cisão (distinção) entre a pessoa por meio de quem se revela, se exterioriza, a vontade e o destinatário dos efeitos do negócio celebrado. Daí a feliz percepção de RENÉ DEMOGUE, citado por MAIA JÚNIOR, afirmando que o representante é uma projeção da personalidade jurídica do representado, muito embora não se confundam.<sup>74</sup>

Qualquer negócio jurídico, como regra, admite a representação privada. De qualquer modo, as relações contratuais apresentam-se como o domicílio mais comum da representação voluntária. A figura jurídica pode também ser encontrada em outras sedes, como no casamento e na confissão, muito embora, em tais hipóteses (assim como em outras hipóteses assemelhadas), exija-se a concessão de poderes específicos.

Na linha de tais ideias, LEONARDO MATTIETTO bem percebe que na representação voluntária encontra-se “um pressuposto (a relação jurídica básica), um requisito (agir em nome de outrem) e um efeito típico (a imputação na esfera jurídica do representado)”.<sup>75</sup> É por isso que não se enquadra nas latitudes do instituto em apreço a chamada *representação indireta*, figura materializada quando o agente realiza o negócio em seu próprio nome para, somente depois, transferir os seus efeitos para o representado.

### c) O representante aparente e a boa-fé

A disciplina jurídica da representação voluntária não pode se afastar do princípio da notoriedade (aparência). Com isso, se uma pessoa atua, aparentemente (aos olhos de todos), como se tivesse poderes para representar outra, esta responderá, prestigiado o comportamento ético das partes (boa-fé objetiva).

Equivale a dizer: pode haver outorga de poderes (representação) não apenas de forma expressa, mas também de modo comportamental.

Quando a aparência de celebração de negócio é idônea a suscitar a confiança ou representação mental, o criador dessa situação concreta (aparência) está vinculado ao resultado.<sup>76</sup> É a chamada *teoria da aparência*, que aqui ganha terminologia própria: *representação* ou *procuração aparente*.

É certo, destarte, que a exteriorização da vontade é reconhecida também através de atos e comportamentos concludentes que permitem aos terceiros confiar, acreditar, na relação jurídica que se vislumbra. Em outra expressão: não raro, apesar da inexistência de mandato, a situação apresenta-se de forma aparente, ensejando a caracterização da representação. Com MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR, em obra dedicada ao tema, “na representação aparente, apesar de não existir a manifestação de vontade do representado

<sup>73</sup> Essa regra está expressa no art. 258 do Código Civil de Portugal e no § 164 do BGB alemão.

<sup>74</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 30.

<sup>75</sup> MATTIETTO, Leonardo. “A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração”, op. cit., p. 57.

<sup>76</sup> KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no Direito Privado*, op. cit., p. 82.

em outorgar poderes, a conduta dele, objetivamente considerada, contribui para formar no terceiro a convicção de ter sido outorgada procuração”.<sup>77</sup>

Quando a aparência de celebração de negócio é idônea por suscitar a confiança ou a representação mental, o criador dessa situação concreta (aparente) está vinculado ao resultado.<sup>78</sup> É a chamada *teoria da aparência*, que aqui ganha terminologia própria: *mandato aparente*.

Seria o caso do representante comercial que, não raro, visita clientes e celebra contratos, vestido com uniforme da empresa, mas, de ordinário, sem apresentar o contrato de mandato que estaria a lhe conferir poderes para tanto. Também é o caso do terceiro que adquiriu um bem do mandatário após a extinção do mandato, decorrente, por exemplo, de revogação ou morte desconhecidas do adquirente. Outro exemplo é construído doutrinariamente: “Considere que Fabrício, anos a fio, vem negociando com Germano por meio de Hebe, procuradora deste último; e que Hebe perde seus poderes de representação por força de revogação do mandato por Germano, mas isso não é comunicado a Fabrício. Nesse caso, se Hebe, ostentando ainda a aparência de continuar representando Germano, entabula negociações com Fabrício, em tutela da boa-fé deste, a lei determina a vinculação do antigo mandante pelos atos praticados em nome dele”.<sup>79</sup>

Com o mesmo pensar, SEBASTIÃO JOSÉ DE ASSIS NETO expõe: “Por isso se deve concluir que, no caso do empregado que habitualmente realiza vendas de mercadorias para e em nome do empregador, há mandato tácito; assim, eventual venda não expressamente autorizada a terceiro de boa-fé tem validade e vinculado o empregador”.<sup>80</sup>

O pensamento é compartilhado pela jurisprudência:

“I – O pecuarista que de forma habitual compra e vende gado com objetivo de lucro qualifica-se como comerciante, ficando, nessa condição, obrigado por alienação de bovinos realizada pelo gerente geral da fazenda a terceiros de boa-fé [...]”

III – A teoria da aparência mostra-se aplicável nos casos em que o vendedor, gerente ou pessoa equiparada, por expressa ou tácita permissão do comerciante, vende mercadorias, salvo se comprovado erro inescusável ou má-fé do adquirente” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 12.811/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 31.5.1993, DJU 30.8.1993, p. 17294).

“Locação. Contrato. Novo aluguel. Efetivação por pessoa que não era sócio da locatária, mas por ela respondia. Configuração de mandato tácito. Validade. Se a contratação do novo aluguel veio a ser efetivada entre a locadora e quem, embora não sendo sócio da locatária, por ela respondia, tal como de fato veio a ocorrer em situação pretérita, sem qualquer oposição daquela, válido se mostra o acordo, porque tem-se configurado verdadeiro mandato tácito” (2ª TACív.SP, Ac. 4ª Câmara, Ap. Cív. 518.102, rel. Juiz Mariano Siqueira, j. 26.5.1998).

<sup>77</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 113.

<sup>78</sup> KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no Direito Privado*, op. cit., p. 82.

<sup>79</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 325.

<sup>80</sup> ASSIS NETO, Sebastião José de. *Curso básico de Direito Civil: obrigações e contratos*, op. cit., p. 283.



O fundamento da possibilidade de mandato aparente decorre, sem qualquer dúvida, do princípio da boa-fé objetiva.

**d) Distinções necessárias e fundamentais entre a representação, o mandato e a procuração**

Apesar de um intuitivo raciocínio contrário,<sup>81</sup> o contrato de mandato não pode ser confundido com a *representação* e ambos não se confundem com a *procuração*. São coisas distintas, exigindo uma precisão cirúrgica na sua diferenciação.

O *mandato* é um contrato (e assim está contemplado na Lei Civil brasileira, como se vê do art. 653 da Lei Civil), por intermédio do qual alguém se incumbe de praticar negócios no interesse de outrem. Enfim, é *negócio jurídico pelo qual uma pessoa incumbe outra de realizar uma determinada atividade, em seu nome*.

A *representação*, por seu turno, é a atuação de uma pessoa na gestão dos interesses de outrem. Originada da expressão latina *representatio*, *representationis*, significando a ação ou efeito de pôr diante dos olhos de alguém, a representação consiste em verdadeira substituição da exteriorização da vontade. Explica MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR que na representação a vontade é manifestada “por outra pessoa, por ‘interveniente ou cooperador’, o qual ‘faz às vezes de’, ‘apresenta-se no lugar de’, agindo e fazendo com que os efeitos jurídicos e econômicos do negócio celebrado por seu intermédio recaiam diretamente na esfera jurídica do substituído, ou seja, do *dominus negotii*”.<sup>82</sup> Caracteriza-se, pois, a representação pela evidente cisão (distinção) entre a pessoa por meio de quem se revela, se exterioriza, a vontade e o destinatário dos efeitos do negócio celebrado.

De saída, convém relembrar que a *representação pode ser legal*<sup>83</sup> (também dita *representação necessária*), *judicial* ou *voluntária* (também chamada de *representação privada*). A *representação legal* corresponde ao poder, conferido por lei, de agir em nome de outrem, de um incapaz, por exemplo. É o caso dos pais, dos tutores e dos curadores.<sup>84</sup> Noutra perspectiva, a *representação judicial* se materializa quando a autoridade judiciária nomeia uma pessoa para atuar em nome de outra, como se percebe no caso do inventariante, que representa o espólio (CPC, arts. 12 e 991). Já a *representação voluntária* se consubstancia quando o poder de atuação em nome de alguém é concedido por ato de vontade do próprio interessado, do titular cujos interesses estarão em pauta. A representação voluntária surge da ideia fundamental de que alguém pode celebrar um negócio ou um ato jurídico em nome de outra pessoa, sobre cuja esfera jurídica serão produzidos os efeitos. Por isso, consubstancia o fenômeno da *cooperação*. Equivale a dizer: alguém

<sup>81</sup> O *Code de France* (Código Napoleônico), de 1804, parece ter, de algum modo, patrocinado a controvérsia, uma vez que tratou de forma similar os institutos da representação e do mandato.

<sup>82</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 24.

<sup>83</sup> A expressão foi talhada por FRANCESCO CARNELUTTI, considerando que, nessa hipótese, decorre da própria incapacidade do representado (apud MATTIETTO, Leonardo. “A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração”, op. cit., p. 55).

<sup>84</sup> Também não se confunde a representação privada com a sucessão por representação (também chamada de sucessão por estirpe), que se concretiza em casos nos quais o sucessor é pré-morto (faleceu primeiro do que o autor da herança), é julgado indigno (CC, art. 1.814) ou é deserdado (CC, art. 1.961-1.963).

participa, pessoalmente, de um negócio que produzirá efeitos sobre outrem (a verdadeira parte do ato negocial).

Por óbvio, no contrato de mandato vislumbra-se a presença da *representação privada, voluntária*, na medida em que um dos contratantes (o mandante), espontaneamente, confere poderes à contraparte (o mandatário).

Todavia, não se pode imaginar que o contrato de mandato se confunde com a representação privada, sendo de bom alvitre *separar os institutos* (mandato e representação). Bem o fazem os Códigos lusitano (art. 258<sup>o</sup>) e germânico (§§ 164 ss), aclamando, expressamente, a *teoria da separação*.

Isso porque é possível a existência de um mandato sem poderes de representação, bem como é admissível uma representação sem mandato, evidenciando tratar-se de diferentes situações jurídicas.<sup>85</sup> Note-se. O mandatário pode atuar em nome do mandante e com os necessários poderes representativos (é o chamado *mandato representativo*). Nesse caso, há representação privada no contrato aludido. Lado outro, o mandatário, eventualmente, pode estar atuando em seu próprio nome (hipótese denominada *mandato sem representação* ou *mandato em causa própria*), não havendo qualquer concessão de poderes.

O próprio Código Civil na segunda parte do art. 663,<sup>86</sup> ainda que não expressamente, termina por abraçar essas ponderações, ao admitir que o mandatário atue em nome próprio, mesmo que por conta do mandante.

Por isso, é correto asseverar que a representação está liberta de uma condição servil e obediente ao mandato (que caracteriza uma figura contratual, contemplada em lei).

Em síntese apertada, porém completa: é plenamente possível ocorrer representação sem mandato e mandato sem representação.

Exemplificando, vale a lembrança do contrato de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, no qual nomeia-se um dos sócios para *representar* a empresa nas relações jurídicas e sociais. Há representação, mas não há mandato (e, sim, contrato de sociedade, regido pelo Direito Empresarial). Noutro quadrante, ao pensar no mandato em causa própria, tem-se a comprovação cabal e irrefutável de que esse negócio jurídico, não necessariamente, consubstancia uma representação privada, malgrado, no mais das vezes, assim ocorra. Outro exemplo dessa possibilidade de mandato sem representação: “Se Pedro ordena a Joni que limpe o terreno vizinho, inçado por matagal insalubre e dejetos, não lhe conferiu poder de representação, não lhe mandou tomar posse do terreno”,<sup>87</sup> embora tenha havido um mandato.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Com uma perfeita digressão sobre a matéria, seja consentido remeter o leitor a MARIA CÂNDIDA DO AMARAL KROETZ. *A representação voluntária no Direito Privado*, op. cit., p. 46.

<sup>86</sup> Art. 663, Código Civil: “Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante”.

<sup>87</sup> ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*, op. cit., p. 25.

<sup>88</sup> Enfim, é plenamente possível ocorrer representação sem mandato e mandato sem representação. Exemplificando, “pode haver mandato sem representação quando o mandatário não recebeu poderes para agir em

Averbe-se, pois, que a representação não integra a essência, a estrutura, do contrato de mandato, conquanto possa nele estar presente.

Com MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES, “o poder de representação, embora típico dessa espécie de contrato (o mandato), não é inerente a ele, nem elemento essencial para a sua configuração”.<sup>89</sup>

Completando a análise dessa tríade conceitual, é de se cuidar da *procuração*.

Sem dúvida, a procuração está ligada à representação e ao mandato, mas com eles não se confunde.

Em linhas gerais, a procuração seria o meio pelo qual são conferidos poderes para um representante voluntário, inclusive no contrato de mandato. É o ato que consubstancia a concessão de poderes a outrem, seja por força de mandato, ou não.

Note-se que a procuração não estabelece obrigações para o procurador, apenas conferindo, expressa e exteriormente, poderes de atuação. Por isso, não se confunde com o mandato, que é negócio jurídico criador de deveres jurídicos entre as partes.

Trata-se de ato unilateral, praticado, exclusivamente, por quem pretende conferir poderes a alguém para atuar em seu nome. É ato que exterioriza a concessão desses poderes.

Nesse diapasão, pondera ARAKEN DE ASSIS que a própria “palavra procuração já revela sua natureza de declaração de vontade unilateral. E isso porque o outorgado não intervém na concessão de poderes de representação. Logo, a atribuição de poderes de representação ocorre através de ato unilateral e não se vincula, obrigatoriamente, ao mandato”.<sup>90</sup>

O Código Civil de 2002, em seu art. 653, termina por ceder a uma compreensão superficial e, confusamente, chega a afirmar que “a procuração é o instrumento do mandato”, como se somente houvesse procuração decorrente desse tipo negocial.

Há, seguramente, uma impropriedade técnica ao designar a procuração como um *mero instrumento do contrato* (e, como qualquer instrumento, insinuando que tem de ser por escrito), até porque ela pode ser verbal ou tácita, o que termina por revelar uma incoerência conceitual.<sup>91</sup>

Ademais, não se pode restringir o espectro de incidência da procuração apenas à natureza de mero documento (instrumento) que materializa um contrato de mandato. Ela há de ser mais do que isso. É possível – e isso não se põe em dúvida – conferir poderes a alguém por meio de uma procuração, sem a celebração de um contrato de

nome do mandante: ainda que vá agir por conta do mandante, o fará em nome próprio”. De outra banda, também é possível representação sem mandato como se pode notar no exemplo de “um contrato de sociedade” em que se confere poderes de representação da pessoa jurídica ao sócio, independentemente de mandato. Cf.: MATTIETTO, Leonardo. “A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração, op. cit., p. 63.

<sup>89</sup> GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 679.

<sup>90</sup> ASSIS, Araken de. *Contratos Nominados*, op. cit., p. 25.

<sup>91</sup> Com reflexão muito assemelhada, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO pontuam que “é possível haver mandato verbal, bem como procuração verbal, mas é impróprio falar em ‘instrumento verbal de procuração’, pois todo instrumento deve ser escrito” (*Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 363).

mandato. Já se exemplificou antes que os sócios de uma empresa podem assinar uma procuração, conferindo poderes de representação da pessoa jurídica a um dos sócios. No caso, apesar de existir uma procuração, não houve contrato de mandato.

De outra banda, sendo possível a existência de um mandato sem a atribuição de poderes representativos, também será possível que o contrato se aperfeiçoe sem a outorga de procuração.<sup>92</sup>

De qualquer sorte, a dicção da legislação específica não deixa margem para dúvidas: *procuração é o instrumento do mandato*.

Para além disso, o art. 654 do *Codex*, persistindo no equívoco e ignorando que a procuração pode ser verbal, termina por estabelecer que:

Art. 654, Código Civil:

“Todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que valerá desde que tenha a assinatura do outorgante.

§ 1º O instrumento particular deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos.

§ 2º O terceiro com quem o mandatário tratar poderá exigir que a procuração traga a firma reconhecida”.

No que tange à oponibilidade de efeitos a terceiros, é de se lembrar que o art. 38 do Código de Processo Civil<sup>93</sup> dispensa o reconhecimento de firma quando se tratar de procuração conferindo poderes ao advogado para o foro em geral (a chamada cláusula *ad judicium*). Com isso, em se tratando de procuração em favor de advogado para atuar em juízo, não é mister reconhecer a firma do outorgante, como, inclusive, acatado pela jurisprudência.<sup>94</sup>

Salta aos olhos a confusão causada pelo legislador, ignorando que a procuração (como um ato de concessão de poderes) pode ser verbal e desprovida de formalidades.

Bem por isso, convém engrossar o coro das críticas disparadas, de há muito, corajosamente, por ORLANDO GOMES:

“O mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a praticar, por conta de outra, um ou mais atos jurídicos. O contrato tem a finalidade de criar essa

<sup>92</sup> Também assim: GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 681.

<sup>93</sup> Art. 38, Código de Processo Civil: “A procuração geral para o foro, conferida por instrumento público, ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso. Parágrafo único. A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica”.

<sup>94</sup> “Após a reforma introduzida pela Lei nº 8.952/94 não se mostra necessário o reconhecimento da firma do outorgante nas procurações *ad judicium*, porquanto até os instrumentos com outorga de poderes especiais igualmente dispensam essa formalidade, após a reforma da referida lei, se a outorga é utilizada exclusivamente perante o juízo da causa” (STJ, Ac. Unân., 2ª T, REsp. 296.489/PB, Rel. Min. Humberto Martins, j. 6.11.2007, DJU 19.11.2007, p. 215).

obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a *relação interna*, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o *poder de representação*, se tiver, ademais, interesse em que aja em seu nome. O poder de *representação tem projeção exterior*, dando ao agente, nas suas relações com terceiros pessoas, legitimidade para contratar em *nome do interessado* [...] A atribuição desse poder é feita por ato jurídico unilateral, que não se vincula necessariamente ao mandato e, mais do que isso, tem existência independente da relação jurídica estabelecida entre quem o atribui e quem o recebe. Esse ato unilateral carece, em nossa terminologia jurídica, de expressão que o designe inconfundivelmente. O termo *procuração*, que o definiria melhor, é empregado comumente para designar o instrumento do ato concessivo de poderes, mas tecnicamente é o vocábulo próprio. Até os que conceituam a procuração erroneamente como instrumento do mandato admitem que possa ser verbal, embora confundindo-a com o mandato, isto é, sem que tenha a forma instrumental [...] O resultado dessa sinonímia absurda é a confusão entre *mandato e representação*, que leva à falsa ideia de que toda *representação voluntária é mandato*. Há que distinguir, pois, o *contrato do ato jurídico unilateral*, o *mandado da procuração* em sentido técnico. A própria contextura da *procuração* denuncia o caráter unilateral do negócio jurídico nela consubstanciado, pois, nesse ato, o representante não intervém”.<sup>95</sup>

#### e) *Contrato consigo mesmo ou autocontrato*

Conquanto na representação voluntária, normalmente, o representante atue em nome apenas de uma das partes do negócio jurídico, pode ocorrer que uma única pessoa (que já atua em nome de outra, por força de representação) expresse, a um só tempo, a vontade em ambos os polos da relação.

Ilustrando a hipótese para facilitar a compreensão, pode acontecer que, em uma compra e venda, o representante de uma parte seja, ele mesmo, a outra parte no contrato, participando duplamente da formação do negócio: uma em nome próprio e em seu próprio interesse e outra em nome próprio, mas no interesse de outrem.

Um exemplo calha com perfeição: o casamento por procuração. Bastaria imaginar que um dos nubentes confere poderes ao outro noivo para celebrar as núpcias em seu nome. No caso, tem-se a figura do *contrato consigo mesmo* e, via de consequência, anulabilidade do negócio celebrado.

É o que se convencionou denominar autocontrato ou contrato consigo mesmo, figura já conhecida da lei alemã, portuguesa e italiana.

A Codificação de 2002 contemplou, expressamente, a figura do autocontrato, notadamente em seu art. 117, rezando: “Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo”.

De outra parte, o Código de Defesa do Consumidor, em seu comando 51, VIII, fulmina de nulidade a cláusula que imponha representante ao consumidor para concluir ou realizar outro negócio jurídico. Por isso, a nossa melhor jurisprudência considerou

<sup>95</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*, op. cit., p. 425.

inválido o autocontrato quando restar caracterizado um conflito entre os interesses das partes contratantes – o que não é raro ocorrer. A Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça, consolidando o entendimento, é de clareza meridiana:

Súmula 60, Superior Tribunal de Justiça:

“É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

Conclusivamente, é certo asseverar ser elemento de admissibilidade do contrato consigo mesmo a ausência de conflito de interesses. Sendo assim, seria melhor se o legislador condicionasse sua realização à ausência de conflito de interesses, na mesma linha dos Códigos de Portugal e Itália.<sup>96</sup>

#### 10.8.4 A invalidade do negócio jurídico

##### a) Considerações gerais

De logo, é preciso lembrar, forte mais uma vez na lição de MARCOS BERNARDES DE MELLO,<sup>97</sup> que dentro do plano da validade do negócio jurídico estão incluídas não apenas as hipóteses de *nulidades* (CC, arts. 166 e 167), mas, também, as *anulabilidades* (CC, art. 171). Por isso, tanto as *nulidades* quanto as *anulabilidades* são espécies do gênero *invalidade* do negócio jurídico.

Aliás, convém assinalar, por oportuno, que, em se tratando de desconformidade com o ordenamento jurídico, as invalidades dependem de expressa previsão legal, somente podendo estar caracterizadas por expressa previsão da norma jurídica. De modo simples, mas objetivo, é lícito afirmar que, desatendidos os requisitos de validade (CC, art. 104), o negócio jurídico será inválido e, portanto, eivado de nulidade ou anulabilidade.

A *nulidade* viola interesses públicos, cuja proteção interessa a todos, à própria pacificação social. A *anulabilidade*, por sua vez, é vício menos grave, comprometendo interesses particulares, servindo essa distinção para fixar, desde logo, a legitimidade para pleitear o reconhecimento da invalidade: em se tratando de nulidade, qualquer pessoa pode suscitá-la e o magistrado pode conhecer de ofício; se, por outro turno, o caso é de anulabilidade, somente o interessado poderá provocá-la.

Nessa linha de compreensão, a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às *causas ensejadoras* (motivos geradores) de cada uma das espécies e não aos efeitos ou ao modo com o qual se operam.<sup>98</sup>

Importa lembrar, ademais, que a invalidade classifica-se, sob outros prismas, em: (i) *originária* ou *sucessiva* (se nasceu, ou não, com o próprio ato); (ii) *total* ou *parcial* (se compromete a totalidade do negócio ou somente parte dele).<sup>99</sup>

<sup>96</sup> O pensamento é formulado, também, por MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*, op. cit., p. 193.

<sup>97</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 82.

<sup>98</sup> Com esse pensamento: MATTIETTO, Leonardo. “Invalidade dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 328.

<sup>99</sup> Assim, confira-se a lição de PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 396.



Partindo do pressuposto elementar que a invalidade do negócio jurídico prende-se às hipóteses de *nulidade* e de *anulabilidade*, é mister descortinar a caracterização desses casos no âmbito do negócio jurídico.

De qualquer modo, convém observar que o sistema de invalidades do casamento (CC, arts. 1.548 e 1.550), do processo civil (CPC, arts. 244 ss) e das relações de consumo (CDC, art. 51) escapa ao regime comum dos negócios jurídicos, submetendo-se a regras particulares, próprias.

### ***b) O regime jurídico das nulidades***

De modo geral, a *nulidade (absoluta)* decorre da violação a um dos requisitos de validade estabelecidos pelo art. 104: “A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 104, I), objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, II e III)”.

Esclarecendo, minudentemente, a questão, o art. 166 do Estatuto Substantivo Civil resolve elencar as hipóteses de nulidade, disparando ser “nulo o negócio jurídico quando”:

- i) celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- ii) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- iii) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- iv) não revestir a forma prescrita em lei;
- v) quando for preterida solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- vi) tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- vii) *a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção* (deixando antever que o rol não é taxativo, mas meramente exemplificativo, admitindo outras hipóteses de nulidade, como, *e. g.*, na hipótese do testamento conjuntivo, realizado simultaneamente por duas pessoas que também é nulo de pleno direito).

O art. 167 do Código Civil, por seu turno, aproveitando-se do permissivo aludido (norma aberta), contempla outra hipótese específica de nulidade: a *simulação*, caracterizada pela manifesta desconformidade entre a vontade declarada pelas partes e a vontade concretamente pretendida por elas. Enfim, o desajuste entre a vontade real e a vontade afirmada negocialmente.

Em síntese, percebe-se que a nulidade de um ato ou negócio jurídico resulta, efetivamente, da violação a preceitos de ordem pública, estabelecidos em lei, ligados, de modo geral, à própria formação válida da figura negocial, conforme previsão do art. 104 da Lei Civil.

Observando cuidadosamente as hipóteses nulificadoras do negócio jurídico, três causas reclamam uma análise mais minudente, merecendo referências específicas por não dizerem respeito aos requisitos gerais da validade dos negócios. São os incisos III, VI e VII do art. 166 do Texto Codificado, declarando nulo o negócio quando o motivo

determinante, comum a ambas as partes, for ilícito (CC, art. 166, inciso III), quando tiver por finalidade fraudar lei imperativa (CC, art. 166, inciso VI) e, finalmente, quando a lei taxativamente o declarar nulo.

No que concerne ao motivo determinante do negócio jurídico, vislumbra-se que o Código Civil optou, claramente, em contraposição à linha anticausalista do seu antecessor, em prestigiar a *causa* negocial. Sem dúvida, o sistema jurídico vigente reconheceu a licitude da causa como um verdadeiro *requisito de validade*, ao impor a nulidade ao negócio celebrado com causa ilícita, quando ela for comum a ambas as partes.<sup>100</sup> É preciso cuidado para não confundir causa ilícita com o falso motivo capaz de caracterizar erro (CC, art. 140), viciando o ato negocial. Se o motivo não foi expresso como razão determinante do negócio, não há que se falar em erro, pois este há de acontecer na declaração de vontade e não nos motivos que a inspiram. Logo, o falso motivo só caracterizará o erro, viciando o negócio, quando tiver sido expresso como causa determinante do negócio. Já o motivo ilícito (CC, art. 166, III) é aquele que se transforma em razão absorvida pelas partes, em verdadeira condição do negócio.<sup>101</sup>

Quanto ao negócio celebrado com fraude à lei (CC, art. 166, inciso VI), é preciso esclarecer não se confundir com o negócio celebrado em fraude contra credores ou em fraude de execução. Na realidade, o negócio *in fraudem legis* é o que foge da incidência da norma jurídica ou das obrigações legais, sendo realizado sob forma diferenciada. A nulidade por fraude é objetiva, não estando atrelada à intenção de burlar o mandamento legal. Havendo contrariedade à lei, pouco interessa se o declarante tinha, ou não, o propósito fraudatório. É o exemplo da doação feita à concubina pelo homem casado e da fixação de cláusula penal (multa) em valor superior ao do contrato (negócio principal), pois o art. 412 do Código Civil proíbe que o valor da cláusula penal exceda o da obrigação principal.

Merece referência, outrossim, o inciso VII do supracitado art. 166 da Lei Civil, reconhecendo a nulidade do negócio, quando a lei taxativamente o declarar como tal. Como exemplos vale lembrar, no Texto Codificado, os arts. 548 (que declara nula a doação de todos os bens ou de percentual tal que venha a comprometer a subsistência do doador) e 1.475 (afirmando ser nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar o imóvel hipotecado).

Em virtude da gravidade do vício infringido, violado, considera o ordenamento jurídico que o ato ou negócio nulo não produza qualquer efeito jurídico, podendo,

<sup>100</sup> Exemplo de negócio nulo por conta de causa ilícita, comum a ambas as partes, é apresentado por PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO mencionando a hipótese de uma compra e venda de imóvel realizada entre uma falsa sociedade filantrópica e terceiro, para a instalação de um asilo, cuidando as partes de consignar no contrato o fim almejado (instalação do asilo). Nesse caso, sendo falsa a causa, nulo será o negócio. Cf. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 336.

<sup>101</sup> Atento a essa ideia, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR fornece um exemplo. Se um consumidor adquire um veículo para transportar drogas, sem anunciar tal propósito, a compra e venda é perfeitamente válida, não havendo ilicitude no objeto. Se, porém, consumidor e fornecedor realizam um negócio com o fito de levar adiante um projeto ilícito, caracteriza uma razão determinante assumida por ambos, integrando o próprio conteúdo negocial, inquinando o ato de nulidade. Cf. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 457.

inclusive, ser reconhecido como tal *ex officio*, pelo próprio juiz, ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, quando tenha de intervir (CC, art. 168). Estabelece, literalmente, o art. 168 do Texto Codificado: “As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes”.

Como se trata de vício não convalidável, o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (CC, art. 169). Percebe-se, assim, em que pese antigas divergências doutrinárias, que o ato nulo não prescreve.

Note-se, porém, que o art. 170 do Estatuto Civil trouxe o instituto da *conversão substancial*, admitindo, nada mais, nada menos, do que uma verdadeira *recategorização de determinado negócio para outro de diferente espécie*, respeitadas determinadas circunstâncias. Assim, se o negócio nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Assim, é possível apresentar as *características* elementares da *nulidade* do negócio jurídico:

- i) opera-se de pleno direito;
- ii) pode ser invocada por qualquer pessoa, inclusive pelo Ministério Público;
- iii) não admite confirmação, sendo, pois, irratificável;
- iv) é imprescritível;
- v) pode ser conhecida *ex officio*.

A nulidade de qualquer negócio será reconhecida através de decisão judicial meramente declaratória (limitando-se o magistrado a afirmar que não se produziu qualquer efeito, sendo desnecessário desconstituir qualquer situação) e, por conseguinte, imprescritível, produzindo efeitos *ex tunc*.

### c) O regime jurídico das anulabilidades

No que concerne às *anulabilidades*, tem-se presente, basicamente, o interesse privado, não havendo, via de consequência, gravidade tão relevante quanto na hipótese de nulidade.

Tratando-se de vícios de natureza privada, logicamente, o ato anulável admite a confirmação, que pode ser expressa ou tácita, resguardando-se, por óbvio, os direitos de terceiros. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo (CC, art. 173). Caso o devedor já tenha cumprido parte do negócio, ciente do vício que o maculava, a confirmação expressa será dispensada (CC, art. 174).

O ato ou negócio jurídico anulável produzirá regulares efeitos até que lhe sobrevenha decisão judicial, no sentido de impedir que continuem se produzindo. A anulabilidade,

pois, é reconhecida por meio de ação anulatória, ajuizada pelo interessado exclusivamente, cuja natureza é, indubitavelmente, *constitutiva negativa* (desconstitutiva), produzindo efeitos *ex tunc* (retroativos), uma vez que, em conformidade com o art. 182 do Texto Codificado, também na anulação do negócio jurídico as partes deverão ser reconduzidas ao estado que antes dele se achavam.

Ademais, somente o interessado poderá suscitá-la, não sendo possível ao juiz conhecê-la de ofício ou ao *Parquet* suscitá-la quando tiver de intervir no processo.

As características das *anulabilidades* podem ser organizadas da seguinte forma:

- i) o negócio existe e gera efeitos concretos até que sobrevenha a declaração de invalidação;
- ii) somente a pessoa juridicamente interessada poderá promover a anulação negocial;
- iii) admite ratificação;
- iv) submete-se aos prazos prescricionais;
- v) o juiz não pode conhecer a anulabilidade de ofício, nem o Ministério Público pode suscitá-la.

Em regra, o prazo (decadencial) para pleitear a anulação de negócio jurídico, nos termos do art. 178, é de quatro anos. Entretanto, quando a lei dispuser que determinado ato é anulável sem estabelecer prazo para pleitear-lhe a anulação, considerar-se-á que o prazo (decadencial, repita-se!) será de dois anos, contados a partir da data da conclusão do ato ou do negócio jurídico (CC, art. 179).

Cabe salientar, nesse ponto, que tanto a sentença que reconhecer a nulidade quanto a sentença que reconhecer a anulabilidade produzirão efeitos *ex tunc*, reconduzindo as partes ao *status quo* anterior. Nesse sentido, LEONARDO MATTIETTO afirma, com precisão cirúrgica, ser “equivocada a afirmação, tão comum, de que a sentença que declara que um ato é nulo produz efeitos *ex tunc*, ao passo que a sentença que decreta a anulação de um ato jurídico produz efeitos *ex nunc*. Ambas, na realidade, produzem efeitos *ex tunc*, pois, como prevê a lei civil, devem as partes retornar ao estado anterior. A eventual proteção de terceiros de boa-fé, diante dos efeitos da anulação, não infirma este raciocínio, nem obsta o reconhecimento da invalidade”.<sup>102</sup>

Disso não diverge ZENO VELOSO, elucidando que “tanto a sentença de nulidade quanto a que anula o negócio têm eficácia retrooperante, restaurando o estado anterior. Desfazem-se as obrigações e direitos fundados no negócio anulado; as partes restituem-se, mútua e reciprocamente”.<sup>103</sup>

De fato, o negócio nulo não produz efeitos, enquanto o anulável produz, condicionados à não prolação de uma sentença desconstitutiva. Ora, sobrevindo tal decisão, no entanto, estará comprometido o negócio em sua própria formação e origem, desfazendo todas as consequências produzidas. Portanto, a nulidade e a anulabilidade, uma vez

<sup>102</sup> MATTIETTO, Leonardo. “Invalidade dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 329.

<sup>103</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*, op. cit., p. 288.

proclamadas, reconhecidas, aniquilam o ato negocial, restituindo as partes ao *status quo ante*.<sup>104</sup>

O art. 171 da Codificação dispõe sobre a *anulabilidade*, determinando, *verbum ad verbo* que, “além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

Insista-se (à exaustão!) que, por força do art. 167 do *Codex*, a simulação não mais é causa de anulabilidade do negócio (como era tratada no Código Civil de 1916). Agora, trata-se de causa de nulidade, não produzindo qualquer efeito o ato simulado praticado.

Serão anuláveis, assim, além dos previstos em lei, os atos praticados por agente incapaz relativamente (CC, art. 4º) ou com *defeito do negócio jurídico* (que podem dizer respeito ao consentimento – o erro, o dolo ou a coação, a lesão e o estado de perigo – ou ao prejuízo imposto a terceiros – é o caso da fraude contra credores).

#### **d) O princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos**

Não se deve olvidar, no estudo da invalidade do negócio jurídico, a necessária homenagem e respeito ao *princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos*, pelo qual sempre que possível o negócio deve ser preservado. Aliás, não é por outro motivo que a Lei Civil contempla os institutos da *conversão substancial* (art. 170), da *ratificação* (art. 172) e da *redução* (art. 184).

A *conversão substancial* diz respeito à possibilidade de recategorização do negócio nulo, aproveitando-se a manifestação de vontade para reconhecer outro negócio jurídico, dès que respeitados seus requisitos formais. Merecerá análise pormenorizada mais adiante.

A *ratificação do negócio jurídico* (também chamada de *sanação* ou *convalidação* ou, ainda, como preferiu o legislador, *confirmação*), por seu turno, concerne à possibilidade de as partes, por vontade expressa ou tácita, declararem aprovar um determinado negócio ou ato anulável<sup>105</sup> (inadmitida a confirmação do ato nulo, como desfecha o art. 169 do *Codex*). Será *expressa* a confirmação quando, através de novo ato, que contém a substância negocial, as partes afirmam a vontade de mantê-lo. De outra banda, será *tácita* a convalidação quando, apesar de ciente da anulabilidade, a parte cumpre regularmente seu conteúdo. É óbvio que somente as próprias partes poderão sanar o ato anulável, produzindo efeitos *ex tunc*.

E, finalmente, a *redução da invalidade do negócio jurídico*, contemplada no art. 184 da Codificação. Cuida-se de instituto aplicável às hipóteses de invalidade parcial do negócio jurídico, tendo cabimento quando, dentro de um mesmo ato negocial, são manifestadas duas ou mais declarações de vontade. Ou seja, incide a redução parcial da

<sup>104</sup> Com o mesmo pensamento, podem ser lembrados PONTES DE MIRANDA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO E SERPA LOPES, apud ZENO. *Invalidez do negócio jurídico*, op. cit., p. 287.

<sup>105</sup> Nos termos do art. 367 do Diploma Material Civil, a obrigação anulável admite convalidação por meio de novação, bem como o casamento anulável pode ser objeto de confirmação (CC, art. 1.647), desde que as partes tenham capacidade para tanto.

invalidade se existem diferentes vontades manifestadas no mesmo ato e quando for admitida a separação delas, permitindo a extirpação da parte comprometida (inválida) do negócio, aproveitando-se a parte válida. Veja-se que não é a intenção das partes de que o ato somente produzisse efeitos parciais (como se já estivessem antevendo a nulidade parcial), mas sim o princípio acolhido pelo sistema civil pátrio de conservação dos negócios que releva nessa figura.<sup>106</sup> É uma espécie de *isolamento da invalidade*, aproveitando-se os demais termos do negócio. Seria, por exemplo, a hipótese de um contrato de compra e venda com cláusula de locação. Supondo a existência de algum vício na declaração de vontade da locação, em nada estará comprometida a compra e venda se válidas as suas disposições.

Todos os institutos (como se pode perceber) convergem na busca incessante do respeito ao fim visado pelas partes, sempre que possível. É dizer: esses institutos servem como instrumento de busca da máxima preservação do elemento volitivo, assegurando o desiderato almejado na declaração de vontade.

Por evidente, o princípio da conservação da vontade é aplicável não apenas nos negócios jurídicos, mas, igualmente, aos atos jurídicos em senso estrito, por força do comando 185 da Lei Civil.

*e) Quadro conclusivo*

Consolidando a matéria, vale esquematizar as distinções entre as espécies de invalidades do negócio jurídico no quadro que segue, facilitando a fixação do tema abordado:

DISTINÇÃO ENTRE NULIDADES E ANULABILIDADES	
NULIDADES	ANULABILIDADES
Fundamenta-se em razões de ordem pública.	Fundamenta-se em razões de ordem privada.
Pode ser declarada de ofício pelo juiz, a requerimento do MP, ou de qualquer interessado.	Somente poderá ser invocada por aquele a quem aproveite, não podendo ser reconhecida de ofício.
Não é suscetível de confirmação.	É suscetível de confirmação ou redução.
Não convalesce pelo passar do tempo.	Prazo decadencial de quatro anos.
Não produz efeitos.	Produz efeitos, enquanto não for anulado.
Reconhecida através de ação meramente declaratória.	Reconhecida através de ação Desconstitutiva, sujeita a prazo decadencial.
Admite conversão substancial.	Admite sanção pelas próprias partes.

<sup>106</sup> MATTIETTO, Leonardo. “Invalidade dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 339. RENAN LOTUFO, a outro giro, exemplifica a redução do negócio jurídico lembrando que, a anulável a fiança, não se prejudica o contrato de locação no qual foi prestada. Cf. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 493.



### 10.8.5 Conversão substancial do negócio jurídico

Além de admitir a ratificação dos negócios jurídicos anuláveis (CC, art. 172) e a redução dos negócios jurídicos acometidos de nulidade parcial (CC, art. 184), admite a lei civil a *conversão substancial dos negócios jurídicos*, conforme prescreve o art. 170 do Código Civil.

Vislumbra-se, nitidamente, em tais hipóteses o acolhimento do *princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos*<sup>107</sup> (o velho e conhecido princípio da fungibilidade).<sup>108</sup> Como bem observa JUNQUEIRA DE AZEVEDO, por força desse princípio “tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro na criação das normas jurídicas, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia –, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente”.<sup>109</sup>

É nesse ambiente que está domiciliada a conversão substancial do negócio jurídico, consistindo em uma das hipóteses de materialização do princípio da conservação da vontade nos negócios jurídicos.

Consiste a conversão substancial na busca do máximo aproveitamento do negócio jurídico concretamente celebrado. Justifica-se em virtude da própria *ratio essendi* do ato negocial: se se trata de declaração de vontade, deve se procurar, ao máximo, respeitar o cerne do elemento volitivo.

Desse modo, a conversão substancial é o meio jurídico através do qual, respeitados certos requisitos, transforma-se um negócio jurídico inválido absolutamente (nulo) em outro, com o intuito de preservar a intenção das partes que declaram vontade.<sup>110</sup>

Importante destacar que não se trata de medida de sanação de invalidez absoluta do negócio jurídico (até porque a nulidade é insanável). Na verdade, não se convalida a nulidade do negócio. Apenas aproveita-se a vontade declarada para a formação de um ato, a princípio nulo, transformando-o em outro, para o qual concorrem os requisitos formais e substanciais, sendo perfeitamente válido e eficaz. Também não se vincula a vontade das partes, nem fica presumida a existência de outra figura negocial. Tão somente autoriza-se o aproveitamento (pelo juiz) da vontade emitida para a celebração de um negócio, que é nulo, para que produza efeitos em outra espécie negocial, dès que a finalidade perseguida esteja respeitada.

Com tais ideias, é fácil depreender que a “conversão é um instrumento útil à nova dogmática contratual, porquanto se liga ao princípio da boa-fé objetiva, impedindo que

<sup>107</sup> Sustenta, acertadamente, LEONARDO MATTIETTO, invocando a lição de PIETRO PERLINGIERI, que “a conversão não é senão um aspecto de um princípio mais geral, como é o da conservação dos negócios jurídicos” (“Invalidez dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 340).

<sup>108</sup> Em sede processual, a fungibilidade, ou conversibilidade, é admitida nas ações possessórias (CPC, art. 920), nas tutelas cautelares e antecipatórias (CPC, art. 273, § 7º) e nos recursos, além de ser permitida também entre as ações de nunciação de obra nova e demolitória.

<sup>109</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 66.

<sup>110</sup> Com semelhante pensamento, WÂNIA DO CARMO DE CARVALHO TRIGINELLI, chegando mesmo a dizer que a conversão existe com o fito de “dar remédio, na medida do possível, à irrelevância jurídica que, em princípio, afeta o negócio nulo” (*Conversão de negócio jurídico*, op. cit., p. 61).

se frustrem, ao menos parcialmente, os efeitos pretendidos com a atuação jurídico-negocial das partes”, como percebe, com sensibilidade, LEONARDO DE ANDRADE MATTIETTO. E conclui com precisão cirúrgica: “Como instituto que integra uma ordem jurídica em que o valor fundamental é o da dignidade da pessoa humana, é funcionalizado a obsequiar as situações subjetivas existenciais de que participa a pessoa, realizando uma verdadeira função social, com fins que transcendem as meras expectativas das partes e importam, ao invés, para a própria sociedade”.<sup>111</sup>

É bem verdade que, em razão da omissão do legislador de 1916, a jurisprudência brasileira praticamente não conhecia o instituto em sede negocial.<sup>112</sup> O BGB, no entanto, no § 140, sob o título de *transinterpretação* (*Umdeutung*), sempre admitiu o aproveitamento do negócio nulo, como se válido fosse. O novo *Codex*, com nítida inspiração na lei civil portuguesa, levando em consideração, sem dúvida, as influências da precursora legislação germânica, e afirmando um novo tempo nas relações negociais, ressaltando a proteção da pessoa humana, consoante as prescrições constitucionais, admite a medida sanatória, nos seguintes termos:

Art. 170, Código Civil:

“Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

É possível, assim, perceber a conversão substancial como a medida pela qual, considerando a nulidade de determinado ato ou negócio, aproveitam-se seus elementos presentes para admiti-lo como outro ato ou negócio jurídico.

Por óbvio, a conversão diz respeito, com exclusividade, aos negócios jurídicos nulos, uma vez que os anuláveis podem ser convalidados pela simples manifestação de vontade das partes interessadas, sendo desnecessária a aplicação da teoria do aproveitamento.

É correta, de qualquer forma, a assertiva de MARCOS BERNARDES DE MELLO, admitindo também a conversão do negócio anulável, naquelas hipóteses em que não seja possível a sua ratificação, como nos casos de anulabilidade por incapacidade relativa do agente.<sup>113</sup>

Nessa linha de intelecção e considerando os termos da legislação brasileira, a conversão assume a feição de verdadeira “re-valorização do comportamento negocial das partes mediante a atribuição de uma eficácia sucedânea da que a ele se ajustaria se respeitasse os requisitos de validade e eficácia do negócio que elas intentaram celebrar”,

<sup>111</sup> MATTIETTO, Leonardo. “Invalidade dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 343.

<sup>112</sup> São muito raros os precedentes jurisprudenciais acerca da conversão substancial. Dentre as poucas referências concretas, encontra-se a decisão publicada na RT (327: 244), relatada pelo Des. Vieira Neto admitindo, que o “testamento nulo, (seja) convertido em codicilo”. WÂNIA DO CARMO DE CARVALHO TRIGINELLI também alude a uma decisão judicial relatada pelo Des. Henrique Horta de Andrade, publicada também na RT (371: 295), em que, embora não seja utilizada a terminologia *conversão*, considera-se que “o aval financeiro, após o vencimento do título cambial, deve ser equiparado à fiança” (*Conversão de negócio jurídico*, op. cit., p. 160).

<sup>113</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade*, op. cit., p. 211.

como atentamente percebe RENAN LOTUFO,<sup>114</sup> invocando a lição do português LUÍS A. CARVALHO FERNANDES. Ou seja, é o instrumento pelo qual, preenchidos certos requisitos, um negócio inicialmente nulo é transformado em outra figura negocial, com o propósito de salvaguardar o resultado prático almejado, pretendido, pelas partes.

Exemplificando: uma nota promissória nula emitida poderá ser aproveitada como confissão de dívida se presentes os requisitos mínimos dessa figura, respeitando a vontade do declarante. Ilustrando ainda: a doação *mortis causa* nula pode ser aproveitada como legado e a compra e venda nula admite substituição em promessa de compra e venda se presentes os requisitos básicos desse ato.<sup>115</sup>

No entanto, a admissibilidade da conversão substancial submete-se ao preenchimento de determinadas condições, configurando verdadeiros pressupostos de admissão do instituto.

Assim, exige-se a presença dos seguintes elementos: (i) *elemento de natureza objetiva*, consistente na possibilidade de aproveitamento (pois na conversão não se cria novo suporte fático)<sup>116</sup> dos elementos fáticos do negócio inválido em nova figura negocial; (ii) *elemento de natureza subjetiva*, relacionado à intenção dos declarantes dirigida a obter a recategorização jurídica do negócio nulo. Enfim, diz respeito o segundo elemento à vontade dos declarantes na ocorrência do resultado prático decorrente da conversão. Se não desejam, impossível falar em aproveitamento.

Não é por outro motivo que a Jornada de Direito Civil, realizada no Superior Tribunal de Justiça, buscando emprestar interpretação aos novos dispositivos codificados, concluiu:

Enunciado 13, Jornada de Direito Civil:

“O aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se”.

Além dos citados pressupostos, fala-se ainda, não sem razão, na necessidade de respeito a um terceiro elemento caracterizado pela observância dos requisitos essenciais da substância e forma do ato a que se pretende converter. Ou seja, o ato que se pretende obter deve estar acobertado pela presença de seus elementos formais e substanciais.

A conversão, tratando-se de aproveitamento de ato nulo, clama reconhecimento judicial, se presentes os seus pressupostos. Somente o juiz, portanto, pode declarar o

<sup>114</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 472.

<sup>115</sup> Em excelente monografia dedicada à matéria, JOÃO ALBERTO SCHÜTZER DEL NERO elenca diversos exemplos de conversão substancial, nos diferentes ramos do Direito Civil, sendo possível destacar, dentre eles: o aproveitamento da falsa declaração de paternidade e maternidade em adoção; a doação de bem inalienável (e, por conseguinte, nula de pleno direito) pode valer como constituição de usufruto, uso ou habitação; a cessão de crédito incessível poderá ser admitida como procuração (mandato); e, finalmente, o testamento público nulo poderá ser aproveitado em testamento particular (pendente, pois, de confirmação judicial), se satisfizer os requisitos do negócio privado. Cf. *Conversão substancial do negócio jurídico*, op. cit., p. 421 ss.

<sup>116</sup> Com essa ideia, MARCOS BERNARDES DE MELLO assegura que o suporte fático não é criado pela conversão, já devendo “estar concretizado no ato inválido”. Cf. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Validade)*, op. cit., p. 209.

aproveitamento da vontade manifestada em negócio nulo. A legitimidade para reclamar a sua admissibilidade é tanto das partes, quanto dos terceiros interessados, não podendo apenas, por evidente, ser invocada por quem deu causa à nulidade, nem tampouco conhecida *ex officio*.

Um bom exemplo de aplicação da teoria da conversão substancial vem do Direito do Trabalho, notadamente através da Súmula 430 do Tribunal Superior do Trabalho. Em conformidade com o entendimento sumulado, um contrato de trabalho nulo por vício de forma (falta de concurso público) pode ser convertido em contrato de trabalho válido quando houver privatização do ente da Administração Indireta do Poder Público que celebrou o negócio jurídico. Trata-se de nítido aproveitamento da vontade manifestada por meio de conversão substancial. A redação da súmula é de clareza solar:

Súmula 430, Tribunal Superior do Trabalho:

“Convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização”.

Uma advertência final afigura-se-nos imprescindível. É que não se pode confundir a conversão substancial do negócio jurídico com a *conversão legal*, admitida, expressamente, pela própria norma jurídica. São aquelas hipóteses em que o próprio texto legal determina o aproveitamento de determinado negócio inválido em outro. Lembre-se, *verbi gratia*, a norma do art. 431 do Código Civil,<sup>117</sup> permitindo que a aceitação à proposta (de contrato) realizada fora do prazo, ou com adições ou restrições, seja admitida como nova proposta.

#### 10.8.6 A simulação

O Código Civil de 1916 tratava da simulação, em todas as suas espécies, no capítulo relativo aos defeitos do negócio jurídico, como causa de anulabilidade. No Código Civil de 2002, a simulação ganhou novos contornos, com consequência distinta e mais grave. Com a nova legislação, a simulação passou a ser tratada no capítulo referente à nulidade do negócio jurídico. A opção legislativa é justificável porque a simulação ofende o interesse público de correição e de veracidade das relações negociais e não meramente os interesses particulares dos declarantes.

Segundo a lapidar lição de CLÓVIS BEVILÁQUA, a simulação é “a declaração enganosa de vontade, visando produzir efeito diverso do ostensivamente indicado”.<sup>118</sup> Fácil perceber, então, que na simulação há um descompasso, um desencontro, entre a declaração de vontade e o verdadeiro resultado objetivado pelas partes.

Assim, a simulação revela-se como o intencional e propositado desacordo entre vontade declarada (tornada exterior) e a vontade interna (pretendida concretamente pelo declarante), fazendo com que seja almejado um fim diverso daquele afirmado.

<sup>117</sup> Giza, *in verbis*, o texto legal (CC, art. 431): “A aceitação fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará nova proposta”.

<sup>118</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 294.

Com LEONARDO MATTIETTO, “simular significa fazer parecer real, imitar, fingir, aparentar”.<sup>119</sup>

Na simulação, aparenta-se um negócio jurídico que, na realidade, não existe ou oculta-se, sob uma determinada aparência, o negócio verdadeiramente desejado. Por isso, e de acordo com a nossa sistemática legal, é possível detectar duas espécies de simulação: (a) *absoluta* ou (b) *relativa*.

A *simulação absoluta* tem lugar quando o ato negocial é praticado para não ter eficácia.<sup>120</sup> Ou seja, na realidade, não há nenhum negócio, mas mera aparência. É o exemplo de um compromisso de compra e venda de imóvel fictício celebrado pelo locador, apenas para possibilitar uma ação de despejo. Já a *simulação relativa*, por sua vez, oculta um outro negócio (que fica *dissimulado*), sendo aquela em que existe intenção do agente, porém a declaração exteriorizada diverge da vontade interna.<sup>121</sup> Em ambas as hipóteses, a simulação gera nulidade do negócio jurídico, não produzindo efeitos.

É certo que, nos termos do art. 167 do Código Civil, a simulação é causa de nulidade negocial. Entretanto, quando se tratar de simulação relativa, subsistirá o negócio dissimulado, se for válido na substância e na forma.

O negócio simulado, destarte, corporifica uma situação que se apresenta verdadeira, sem o ser. Enfim, se trata de um negócio não verdadeiro, porque as partes objetivam a consecução de um fim não permitido por lei, em detrimento de terceiros ou para fraudar a lei. Daí, então, “não importa aqui ver com que fins a simulação é usada: surge das partes e tem frequentemente o propósito de iludir uma proibição de lei”, como aponta com mestria o culto civilista peninsular ROBERTO DE RUGGIERO.<sup>122</sup>

Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- i) os negócios estiverem aparentando conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem, havendo interposição fictícia de pessoa, nos termos do art. 167, § 1º, I, do Estatuto Civil (são os chamados “testas de ferro” ou “laranjas”, como no clássico exemplo do homem casado que, não podendo realizar doação para a sua amante, concubina impura, porque reputada nula pelo ordenamento, o faz para o irmão dela);
- ii) os contratos contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, conforme previsão do inciso II, do § 1º, do art. 167, da Codificação (é o típico exemplo dos falsos atestados médicos);
- iii) os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados, de acordo com o inciso III, do § 1º, do multicitado artigo (falsidade da data afirmada no negócio jurídico).

<sup>119</sup> MATTIETTO, Leonardo. “Invalidade dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 331.

<sup>120</sup> Nesse sentido, ALBERTO JÚNIOR VELOSO observa que, na simulação absoluta, o ato realizado é mera aparência, vazia de qualquer conteúdo. Cf. *Simulação*, op. cit., p. 115.

<sup>121</sup> O ato simulado relativamente não se restringe a mera aparência. Por trás da aparência existe um ato sério e real que as partes, de fato, pretenderam realizar e que, consideradas as circunstâncias, pode ser juridicamente eficaz, como apregoa ALBERTO JÚNIOR VELOSO. *Simulação*, op. cit., p. 116.

<sup>122</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 328.

De todas essas hipóteses, em face da enorme importância prática, avulta fazer menção específica à simulação por interposta pessoa (primeira hipótese), inclusive por se tratar da mais comum hipótese tratada em nossa jurisprudência. Invocando o escólio de José ABREU FILHO, ilustre e saudoso Professor de Direito Civil da Universidade Católica do Salvador, a caracterização da simulação por meio de interposta pessoa se dá quando “o real e efetivo beneficiário da negociação não integra a relação respectiva, utilizando-se do chamado ‘testa de ferro’.” E conclui acertadamente: “Este tipo de simulação é muito encontrado, valendo-se de tais expediente pais que desejam agraciar filhos e genros que lhes são simpáticos, em detrimento dos direitos de outros descendentes”.<sup>123</sup>

Outra hipótese de ato simulado combatido pela jurisprudência diz respeito aos contratos apelidados de *vaca-papel*, uma figura jurídica típica dos contratos de parcerias agrícolas, utilizada para mascarar um contrato de mútuo (empréstimo de dinheiro) com juros excessivos. FERNANDO GABURRI explica a mecânica do contrato de *vaca-papel*: “Um parceiro-proprietário simula entregar ao outro, parceiro-arrendatário, certa quantidade de gado, com cabeças, por exemplo. O outro parceiro obriga-se, após determinado prazo (três anos, por exemplo), a entregar a mesma quantidade de gado acrescida de vinte e cinco a cinquenta por cento. Contudo, não há entrega de gado pelo parceiro-proprietário, mas simples entrega de dinheiro, correspondente àquelas com cabeças”, originalmente devidas. “Assim, além de não haver a entrega das vacas objeto da parceria, o que caracteriza simulação, a taxa de juros cobrada do parceiro-arrendatário excede os limites da Lei de Usura”.<sup>124</sup> A jurisprudência, inclusive, vem reconhecendo a invalidade dos contratos de *vaca-papel*, como se nota:

“Contrato simulado de parceria pecuária. ‘Vaca-papel’. Mútuo com cobrança de juros usurários. Anulação do negócio jurídico. Pedido de um dos contratantes. Possibilidade.

É possível que um dos contratantes, com base na existência de

simulação, requeira, em face do outro, a anulação judicial do contrato simulado de parceria pecuária, que encobre mútuo com juros usurários” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 441.903/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.2.2004, DJU 15.3.2004, p. 265).

É bem verdade que, por vezes, o ato simulado não fraudava a lei ou tampouco prejudica interesses particulares (JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO exemplifica com a escritura em que conste que o preço foi pago em moeda, quando foi pago com cheque já compensado).<sup>125</sup> Muito embora enquadrável nas atitudes acima indicadas de simulação (em razão de estar apresentando dados contrários à realidade), como não gera prejuízo a terceiros (inexistindo prejudicados) e não fraudava a lei, diz-se tratar de *simulação inocente* ou *tolerável*.

Discute-se atualmente, em sede doutrinária, se, perante a Codificação Civil de 2002, que não manteve a regra insculpida no art. 103 do Código Civil de 1916,<sup>126</sup> a simulação

<sup>123</sup> ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, op. cit., p. 320.

<sup>124</sup> GABURRI, Fernando. *Contratos*, op. cit., p. 278-279.

<sup>125</sup> SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 81.

<sup>126</sup> Dispunha o art. 103 do Código Civil de 1916: “A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei”.



inocente teria, ou não, passado a ser causa de invalidade do negócio jurídico. Alguns ilustres juristas preferem afirmar que, apesar da ausência de disposição legal, somente havendo prejuízo de terceiros, ou infringência à lei, poderá se consubstanciar a *simulação* (que será, portanto, necessariamente *maliciosa, nocente*).<sup>127</sup> Outros, por seu turno, entendem que, diante da nova ordem positiva, em qualquer caso (seja inocente, seja maliciosa), a simulação implicará a nulidade do negócio, uma vez que não traduzirá a realidade.<sup>128</sup> Parece assistir razão à primeira corrente, inclusive contando com a simpatia dos Tribunais;<sup>129</sup> afinal de contas, não havendo intenção de prejudicar a terceiros ou mesmo de violar a lei, não parece produtora invalidar o negócio jurídico.<sup>130</sup> Nessa esteira, ALBERTO JÚNIOR VELOSO, em obra dedicada ao tema, pontifica que “a simulação inocente, ou justificada ou justificável, nem sempre merece ser combatida. Desde que o engano seja inofensivo, a lei não pode alarmar-se com as suas consequências e não o pode proibir”.<sup>131</sup> Todavia, parece estar prevalecendo a posição antagônica, como se nota da leitura do Enunciado 152 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 152, Jornada de Direito Civil:

“Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante”.

Tem a simulação como característica basilar o fato de a vítima não ser parte nele, evidenciando que o prejudicado não participou do negócio. De qualquer forma, como se trata de nulidade, pode ser alegada por quaisquer das partes (apesar de lhe ter dado causa),<sup>132</sup> pelo prejudicado, por terceiros interessados (desde que o interesse seja direto e pessoal),<sup>133</sup> pelo Ministério Público (quando lhe couber intervir) ou mesmo conhecido *ex officio*.

Vale acrescentar que, perante o Fisco, a simulação – seja inocente, seja nocente, seja absoluta ou relativa – será ineficaz (em sua acepção estrita), sem que exista necessidade da propositura de qualquer ação declaratória, em face da previsão contida na Lei

<sup>127</sup> Defendendo essa corrente, alegando que somente havendo prejuízo ou fraude à lei é que a simulação (aqui nominada *maliciosa, fraudulenta* ou *culpada*) poderá ser causa de invalidade, encontram-se SÍLVIO RODRIGUES. *Direito Civil*, op. cit., p. 299, e INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 186. Endossando esse entendimento, o magistrado fluminense JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI chega mesmo a afirmar que na simulação inocente “não há anulabilidade, não havendo interesse jurídico na simulação” (*Curso Básico de Direito Civil*, op. cit., p. 203).

<sup>128</sup> Dentre os que entendem que toda e qualquer espécie de simulação é causa de invalidade, mencione-se LEONARDO MATTIETTO. “Invalidade dos atos e negócios jurídicos”, op. cit., p. 334, e CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 160-161.

<sup>129</sup> É possível mencionar como exemplo dessa posição jurisprudencial as decisões constantes na RT 152: 516, 193: 761, 210: 510 e 217: 241, citadas por SÍLVIO RODRIGUES. *Direito Civil*, op. cit., p. 299.

<sup>130</sup> Com esse espírito, o eminente Professor JOSÉ ABREU FILHO alude, inclusive, ao princípio da “descaracterização” do vício de vontade na simulação inocente ou tolerável. Cf. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, op. cit., p. 332.

<sup>131</sup> VELOSO, Alberto Júnior. *Simulação*, op. cit., p. 119.

<sup>132</sup> Enunciado 294, Jornada de Direito Civil: “Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra”.

<sup>133</sup> Entendendo assim, em obra dedicada ao tema, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS esclarece não bastar que a simulação seja prejudicial, sendo necessário que, efetivamente, prejudique direitos de quem intenta a respectiva ação. Cf. *A simulação em Direito Civil*, op. cit., p. 343.

Complementar nº 104/01, que acrescentou um parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, possibilitando à autoridade administrativa simplesmente considerar atos ou negócios praticados com o fito de lesar obrigação fiscal.

Sobreleva, em arremate, fazer menção, ainda, a uma modalidade particular de simulação, que mereceu menção do art. 110 do Código Civil, dada a sua peculiaridade. Trata-se da *reserva mental*, que se caracteriza, como visto na análise da interpretação do negócio jurídico, pelo fato de que a pessoa que emite a declaração de vontade guarda o secreto propósito de não cumprir o que está declarando. Pois bem, se a outra parte do negócio desconhecer a reserva mental, o ato subsistirá normalmente, podendo, se for o caso de realmente frustrar-se a expectativa negocial, o prejudicado pleitear reparação dos danos (responsabilidade civil contratual). Entretanto, se a parte contrária conhece a reserva mental, poderá existir simulação (absoluta), sendo o negócio nulo de pleno direito (CC, art. 167).

## 10.9 Plano da eficácia e seus fatores

### 10.9.1 Generalidades

Depois de reconhecidas a sua *existência* (no plano de existência, através da presença de seus elementos mínimos) e a sua *validade* (ou seja, atendimento dos requisitos exigidos por lei), deverá o negócio jurídico demonstrar, finalmente, a sua plena eficácia.

Como leciona o Professor paulista ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “o terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, *da sua eficácia jurídica e, especialmente, da eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos*”.<sup>134</sup>

Vale lembrar que, como exceção, é possível a produção de efeitos jurídicos em alguns negócios nulos, como no clássico exemplo do casamento putativo, que é o casamento nulo ou anulável que produzirá efeitos civis em relação ao(s) cônjuge(s) que o celebrou (celebraram) de boa-fé, incorrendo em erro invencível.

Por outro lado, muito embora o negócio jurídico válido (e, por relação implicacional, existente) tenha vocação para a imediata produção de efeitos, ocorrem, não raro, fatores que bloqueiam tais efeitos ou servem como fonte liberatória deles, gerando uma *eficácia pendente* ou uma *eficácia temporária*. Surgem, assim, os *fatores do negócio jurídico* como elementos acidentais, extrínsecos ao negócio, dele não participando, não o integrando, mas contribuindo decisivamente para a obtenção do resultado almejado. Frise-se: mesmo que convencionados voluntariamente pelas partes, os fatores do negócio jurídico não o integram, apenas projetando-se sobre os seus efeitos.<sup>135</sup>

É o exemplo do art. 662 do Texto Codificado, dispondo que “os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são *ineficazes em relação*

<sup>134</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 49.

<sup>135</sup> Em sentido oposto, entendendo que, “uma vez convencionados, passam, porém, a integrá-lo, de forma indissociável, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 117.

*àquele em cujo nome forem praticados, salvo se este os ratificar*”, deixando antever a validade e falta de eficácia, submetida esta, contudo, a um fator externo (a ratificação).

É nesse momento, pois, que se averigua a presença dos *elementos acidentais* do negócio jurídico, quais sejam: (i) condição; (ii) termo; (iii) modo ou encargo.

### 10.9.2 Condição

De modo eventual, é possível que, acidentalmente, o negócio jurídico tenha a sua eficácia submetida a determinado acontecimento.

Segundo o art. 121 do Código Civil, é considerada condição “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Enfim, é a cláusula que tem o condão de postergar a eficácia do negócio jurídico a um acontecimento futuro e não certo.

Aliás, da simples leitura do dispositivo legal resulta incontroverso não serem condições as cláusulas impostas pela lei.

Para a sua ocorrência é mister a presença da *incerteza* e da *futuridade* do evento – que se constituem requisitos básicos da condição. Assim, subordinar os efeitos de um negócio jurídico à morte de alguém ou à aquisição da maioridade civil pelo implemento de idade não se constitui condição, em face da certeza de sua ocorrência. De outra banda, também não será possível submeter a eficácia de um negócio jurídico a eventual contemplação de um bilhete lotérico cujo sorteio já ocorreu, dada a ausência de futuridade.

Vale advertir que, em nosso sistema jurídico, alguns atos não admitem a sua subordinação à condição, como o casamento, a adoção, o reconhecimento de filhos, a emancipação, a escolha do regime de bens do casamento, a aceitação e renúncia da herança, entre outros.

A condição poderá ser classificada por diferentes prismas, considerando critérios diversos. Veja-se:

- i) *quanto à maneira de atuação*, a condição será *suspensiva* ou *resolutiva*. Aquela (suspensiva) impedirá a produção de qualquer efeito até que se realize o evento a que se subordinou a eficácia negocial (é o conhecido exemplo doarei um bem se você casar). Os efeitos ficam contidos até que o acontecimento se concretize. Antes do implemento da condição suspensiva, não se opera a aquisição, nem o exercício, do direito a que se subordina. Acresça-se, outrossim, que, pendente uma condição suspensiva se o titular fizer novas disposições, incompatíveis com a condição, não terão valor (é o exemplo da doação feita a alguém sob condição suspensiva e realizada, em seguida, para outrem). Esta (resolutiva), ao seu turno, faz cessar os efeitos que estão se produzindo (como, v. g., no empréstimo de um livro até que o donatário se forme). Com espeque no art. 128 do Código Civil, sobrevindo condição resolutiva, extingue-se o direito a que ela se opõe.
- ii) *quanto à licitude*, podendo ser *lícita* ou *ilícita*. A distinção é feita, pelo art. 122 da Codificação, por exclusão: são lícitas, genericamente, as condições não

contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes, deixando à mostra o campo das condições ilícitas, por simples análise inversa. Exemplo típico é a condição consistente em impedir alguém de casar, em face do absoluto cerceamento de uma liberdade. Também são reputadas ilícitas as condições que privarem o negócio de todo e qualquer efeito (como no exemplo de alguém que doa um imóvel se o donatário jamais utilizar ou fruir do bem), bem assim como as que sujeitarem o negócio, exclusivamente, ao puro arbítrio de um dos negociantes (são as chamadas condições *puramente potestativas*, que conferem a alguém absolutos poderes, retirando a própria essência negocial, como na cláusula *si voluero*, isto é, “se me aprouver”, “se eu quiser”...). A consequência da ilicitude da condição é a invalidação do próprio negócio jurídico, como reza o art. 123 do Texto.

- iii) *quanto à possibilidade*, a condição pode assumir feição *possível* ou *impossível*, física ou juridicamente. Fisicamente impossível é a condição que não poderá ser atendida por qualquer ser humano, como levar o mar à Feira de Santana ou ao sertão baiano. Sob o prisma jurídico, a impossibilidade prende-se a uma vedação do ordenamento jurídico, como na proibição de ato de disposição da herança de pessoa viva (art. 426, CC). Quando suspensiva, a condição impossível física ou juridicamente invalidará o negócio jurídico (art. 123, I, CC).
- iv) *quanto à fonte de onde deriva*, nota-se que a condição pode ser *casual*, *potestativa* ou *mista*, se originou de evento fortuito, da vontade de um dos negociantes ou, a um só tempo, da vontade de um dos agentes e de outra circunstância. Se a condição depende do acaso, diz-se *casual* (exemplo nítido é a não ocorrência de uma tempestade). Se decorrer da vontade de uma das partes, é *potestativa* (lembrando que somente são admitidas as condições *simplesmente* ou *meramente potestativas*, sendo aquelas dependentes de manifestação volitiva de uma das partes, como no exemplo de realizar uma viagem, pois as condições *puramente potestativas* são vedadas pelo art. 122 do Código Civil). Finalmente, a condição *mista* é a que conjuga a vontade de uma das partes e uma circunstância externa, como na doação que se realizará se o donatário casar com determinada pessoa.

Em conformidade com o art. 125 da Codificação, “subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”, deixando evidente que a cláusula suspensiva subordina não apenas os efeitos jurídicos, mas, por igual, os direitos e obrigações que decorrerão do ato.

A *contrario sensu*, em se tratando de condição resolutiva, nos termos do art. 127 do Pergaminho Substantivo, enquanto a condição não se implementar, o ato vigorará perfeitamente, podendo se exercer os direitos dele decorrentes livremente. Observe-se que o implemento de condição resolutiva nos negócios de execução continuada ou periódica não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme os ditames da boa-fé.

Enfim, a condição é *se*.

### 10.9.3 Termo

Diz-se *termo* o acontecimento futuro e certo que suspende a eficácia do ato negocial, sem prejudicar a aquisição de direitos, fazendo cessar os efeitos decorrentes do próprio negócio.

Como propõe WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, buscando inspiração em CLÓVIS BEVILÁQUA, termo será “o dia no qual tem de começar ou de extinguir-se a eficácia de um negócio jurídico”.<sup>136</sup>

Tem como caracteres elementares: a *certeza* e a *futuridade*, diferenciando-se da condição em face da sua fatalidade, que contrasta, como se vê, a olhos nus, com a incerteza da condição, embora ambos se caracterizem como eventos futuros.

O termo pode ser *determinado* (certo), quando a data já é preestabelecida, isto é, quando se referir a uma data do calendário (por exemplo, o contrato de prestação de serviços celebrado até o dia 31 de outubro), ou, ainda, *indeterminado* (incerto), se, contrariamente, o acontecimento futuro não tiver data fixada para se verificar (a morte<sup>137</sup> de alguém, exemplificativamente).

Podendo ser certo ou incerto, a fim de evitar controvérsias e dúvidas, é preferível enxergar no termo um evento *futuro* e *inevitável*, ao invés de afirmar o evento submetido a termo como *futuro* e *certo*, uma vez que a data de sua ocorrência pode ser certa ou incerta.

Sob outro prisma, o termo poderá ser *inicial* (*dies a quo*), relativo àquele evento futuro e inevitável que suspende o início da eficácia do ato, ou *final* (*dies ad quem*), caracterizado quando a eficácia do negócio expira com o advento daquela data.

Vale lembrar que, dada a similitude, aplicam-se ao termo inicial e final, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva, respectivamente, com supedâneo no art. 135 do Código Civil.

Por ser evento futuro e inevitável, o termo (inicial, obviamente) não suspende a aquisição, mas apenas o exercício do direito a ele subordinado.

Não se olvide, ademais, que o termo, presumivelmente, é estabelecido em favor do devedor, salvo se o instrumento, expressamente, contemplar disposição distinta ou o contrário resultar das circunstâncias do negócio. Proclamando esse entendimento, o art. 133 da Lei Civil expressa que o termo é interpretado, nos contratos, em favor do devedor, e nos testamentos, em favor do herdeiro, salvo disposição em contrário do próprio instrumento ou se das circunstâncias resultar o contrário.

De qualquer forma, convém ressaltar que os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de se dar em local diverso ou

<sup>136</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 244.

<sup>137</sup> A morte, embora seja típico exemplo de termo, poderá assumir feição de condição se a sua ocorrência estiver proposta de maneira problemática ou dentro de um determinado lapso temporal, como salienta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ilustrando com o exemplo de uma doação realizada a Pedro, se ele falecer antes de Paulo. Em tal hipótese, há condição e não termo, pois a ocorrência é incerta. Cf. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 245.

depende de tempo (CC, art. 134). São exemplos o contrato de empreitada (que deve ser prestado em local específico) e o de empréstimo (que, pela sua própria natureza, demanda tempo para o seu cumprimento, sob pena de desnaturar-se). Assim, de regra, se os interessados omitiram prazo, a prestação será, de logo, exigível.

Em resumo, é possível afirmar que o termo é *quando*.

#### 10.9.4 Modo ou encargo

Ao lado da condição e do termo, refere-se o Código Civil à cláusula accidental que cria obrigação ao beneficiário de uma liberalidade. Trata-se do *modo* ou *encargo*.

Efetivamente, *encargo* é a determinação pela qual se impõe um ônus, uma obrigação, ao beneficiário de um ato gratuito, de uma liberalidade. Essa obrigação poderá ter como beneficiário o próprio disponente, terceiros, uma generalidade de pessoas ou, ainda, a coletividade. É, enfim, um ônus que se associa a uma liberalidade (exemplo típico é a doação feita a alguém, com a imposição da obrigação de o donatário praticar um ato em favor do doador ou de terceiro por ele indicado).

É cláusula que poderá incidir nos negócios jurídicos gratuitos, como a doação, ou nas declarações unilaterais de vontade, como a promessa de recompensa.

Ao revés do termo e da condição, o modo não suspende a eficácia do negócio jurídico celebrado entre as partes, salvo se veio expresso como condição suspensiva (v. g., lhe doarei um determinado bem se prestares serviço gratuito no Hospital de Irmã Dulce). Nesse caso, expresso o encargo sob forma de condição, somente se darão a aquisição e o exercício do direito a ele submetido após o seu implemento.

O encargo é coercitivo (o que não ocorre com as outras cláusulas accidentais), podendo o beneficiário ser constrangido a realizá-lo, sob pena de anulação da liberalidade. Poderá exigir o seu cumprimento o beneficiário, o próprio instituidor ou seus sucessores e, finalmente, o Ministério Público – nas hipóteses de o encargo ter sido estabelecido no interesse da coletividade (social, no dizer do art. 127 da Constituição da República).

Não se há de confundir, entretanto, com a legitimidade para pleitear, em juízo, a revogação da doação, através de ação.<sup>138</sup> Nesse caso, somente o instituidor – ou seus sucessores, depois de sua morte, salvo se houve perdão do doador (CC, art. 561) – poderá fazê-lo, ou o Ministério Público, depois do óbito do doador, quando o benefício for em prol da coletividade.

Note-se, entretanto, que, se o encargo for ilícito ou impossível, será considerado como não escrito, produzindo efeitos, desde logo, o negócio jurídico, exceto se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico.

Por derradeiro, o encargo ou modo é *mas*.

<sup>138</sup> O prazo para pleitear a revogação da doação é de um ano, contado do conhecimento do doador acerca do fato que a autorize e de ter sido o donatário seu autor, com supedâneo no art. 559 do Código Civil.



## 10.10 Defeitos do negócio jurídico

### 10.10.1 Generalidades

Merecem análise específica, própria, as hipóteses em que o negócio jurídico esteja inquinado de algum vício. São os chamados *defeitos do negócio jurídico*, que podem se apresentar sob a forma de *vícios de consentimento (de vontade)* ou de *vícios sociais*.

Os *vícios de consentimento* dizem respeito a hipóteses nas quais a manifestação de vontade do agente não corresponde ao íntimo e verdadeiro intento do agente. Ou seja, detecta-se mácula na vontade declarada, exteriorizando divergência entre a vontade que se percebe e o real desejo do declarante. São vícios de vontade o *erro*, o *dolo*, a *coação*, a *lesão* e o *estado de perigo*.

Já nos *vícios sociais* a vontade é exteriorizada em conformidade com a intenção do agente. No entanto, há uma deliberada vontade de prejudicar terceiro ou burlar a lei, motivo pelo qual o vício não é interno, endógeno, mas externo, de alcance social. No ordenamento jurídico pátrio encontra-se como vício social a *fraude contra credores* (lembrando, insistentemente, que a simulação, no Código Civil, é causa de nulidade do negócio jurídico, a teor do que estabelece o seu art. 167).<sup>139</sup>

O prazo para pleitear a anulação do negócio viciado por defeito do negócio jurídico é de quatro anos (CC, art. 178, I e II), contado: (i) no caso de coação, do dia em que ela cessar;<sup>140</sup> e (ii) nas hipóteses de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo e lesão, da data em que o ato negocial foi celebrado.

A natureza do prazo extintivo para a propositura da ação anulatória é *decadencial*, uma vez que se trata de ação constitutiva negativa (desconstitutiva).

Não é inoportuno acrescentar que, nas demais hipóteses em que a lei dispuser sobre a anulabilidade de determinado ato, sem estabelecer prazo específico para pleitear-se a anulação, este será de *dois anos*, consoante a determinação do art. 179 da Codificação Civil. É a chamada *regra subsidiária* do prazo de anulabilidade de atos jurídicos. Com isso, resta, sem dúvida, cancelada a Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, que contemplava prazo vintenário para a anulação da venda de bem imóvel por ascendente a descendente (CC, art. 496).

### 10.10.2 Erro ou ignorância

O erro ou ignorância é o resultado de uma falsa percepção, noção, ou mesmo da falta (ausência) de percepção sobre a pessoa, o objeto ou o próprio negócio que se pratica. Dispara, com percuciência, o mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “Quando o agente por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias age de um

<sup>139</sup> Há autores que optam por continuar tratando da simulação como defeito do negócio jurídico, entendendo continuar caracterizando vício social. Assim, JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI. *Curso Básico de Direito Civil*, op. cit., p. 201.

<sup>140</sup> Não se aplica essa regra na coação matrimonial, pois, segundo o art. 1.560 da Lei Civil, nesse caso o prazo para anulação do casamento será contado da data de sua celebração.

modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede em erro”.<sup>141</sup>

Alguns autores propõem uma distinção entre o erro e a ignorância. Aquele (o erro) resultaria da falsa noção sobre as circunstâncias de um negócio, enquanto esta (a ignorância) decorreria do completo desconhecimento das circunstâncias que viciam o ato negocial. A distinção é puramente teórica. A franca maioria doutrinária e a própria legislação utilizam-se das expressões como sinônimas, não distinguindo o erro e a ignorância.<sup>142</sup>

Há no erro, desse modo, um falso conceito (falsa ideia) ou uma falta de conceito sobre a realidade, motivo pelo qual o agente (em virtude dessa visão deturpada) celebra o negócio. Assim, o erro há de ser o motivo determinante do ato. Pondera MARIA HELENA DINIZ, invocando a lição do italiano FUBINI, que “o erro é o estado da mente que, por defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade”.<sup>143</sup>

Importante atentar para o fato de que no erro o agente incorre sozinho em lapso, sem qualquer ação de terceiro ou da parte contrária. Por isso, se, porventura, houver indução ao erro, caracterizar-se-á o dolo.

Não é qualquer espécie de erro que torna anulável o negócio jurídico. O erro só é admitido como causa de anulabilidade do negócio jurídico se for *essencial* (*substancial*) e *real*.

Erro *essencial* é o que recai sobre as circunstâncias e aspectos relevantes (principais) do negócio que se celebra. É aquele que constitui a causa determinante do ato. Em outras palavras, se o declarante (agente) tivesse conhecimento da realidade fenomenológica efetiva, não celebraria o negócio. Logo, o erro deve ser a causa essencial do negócio.

Em conformidade com o art. 139 do Código Civil, o erro substancial pode assumir diferentes feições:

- i) é o que interessa à natureza do negócio (*error in negotio*), podendo ser mencionada a hipótese de alguém que imagina estar realizando compra e venda, quando, na verdade, encontra-se praticando doação;
- ii) é, também, o que interessa ao objeto principal da declaração (*error in corpore*), como no caso do comprador que adquire imóvel em uma rua imaginando se tratar de outra rua homônima, ou do antiquário que adquire um relógio de bolso na convicção de que pertenceu a D. Pedro II, quando jamais pertenceu ao Imperador;
- iii) diz respeito, ainda, às qualidades essenciais ou identidade de determinada pessoa (*error in persona*), podendo ser lembrado o caso do testador que deixa

<sup>141</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 326.

<sup>142</sup> Nesse sentido, JOSÉ ABREU. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, op. cit., p. 227.

<sup>143</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 383.

benefício patrimonial para alguém imaginando ser seu filho, quando se trata de prole de outrem;<sup>144</sup>

- iv) concerne, ainda, à quantidade do objeto da negociação (*error in quantitate*), como no clássico exemplo do colecionador que adquire uma coleção de relógios composta por 50 peças, depois descobrindo que, originariamente, a referida coleção continha 60 unidades.

A outro giro, o erro deve ser, também, *real*. Equivale a dizer, o erro deve ser efetivo, produzindo um prejuízo para o interessado (o declarante).

Dizia-se, ainda, na vigência do Código Civil de 1916, que o erro deveria ser *excusável* (desculpável). Isto é, exigia-se que o agente tivesse atuado com as cautelas normais exigidas, quando da realização do ato. É o que se entendia como *erro justificável*.<sup>145</sup> Exemplificando, se um ourives tivesse adquirido um relógio de bronze, pensando se tratar de um objeto de ouro, a sua desídia, apesar do seu conhecimento profissional, impediria o reconhecimento do vício de vontade e o negócio seria válido. Ou seja, era mister que o declarante não tivesse contribuído com a conduta própria, desidiosa, para o equívoco, sendo necessário que tivesse atuado com a inteligência exigida do *homo medio*, comum. Na sistemática do Código Civil de 2002, no entanto, não há mais a exigência do requisito *excusabilidade* para a caracterização do erro como defeito do negócio jurídico. É que se adotou o *princípio da confiança*, corolário da boa-fé objetiva nas relações jurídicas (proclamada como princípio interpretativo fundamental pelo art. 113 do Código vigente), pelo qual basta que o agente tenha se comportado eticamente, acreditando na situação fática que acobertou a sua declaração de vontade. Mais relevante do que a *cognoscibilidade* (conhecimento) é a *confiança* que se desperta nas relações jurídicas como um todo. Dessa maneira, se um ourives adquiriu um relógio de bronze, acreditando ser de ouro porque quem lhe vendeu era um amigo ou alguém em quem depositava confiança, estará caracterizado o erro e o negócio será anulável.

Veja-se, inclusive, que tal compreensão foi abraçada pela Jornada de Direito Civil, sedimentada no Enunciado 12:

Enunciado 12, Jornada de Direito Civil:

“Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não excusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança”.

De fato, a cognoscibilidade diminuiria consideravelmente a possibilidade de reconhecimento do erro como um elemento invalidante do negócio jurídico. Assim, como bem percebe ANA ALVARENGA MOREIRA MAGALHÃES, a confiança deve ser tutelada e a sua

<sup>144</sup> Consta da jurisprudência relevante precedente em relação ao erro sobre a pessoa: “Anulação de ato constitutivo de sociedade comercial. Erro essencial quanto à pessoa dos sócios, que, como depois se demonstrou, eram pessoas ligadas a atividades criminosas, com prisão preventiva decretada. Procedência do pedido que se confirma nesta instância recursal” (TJ/RJ, Ac. Unân., 8ª Câmara Cív., Ap. Cív. 1995.001.00401, Rel. Des. Carpena Amorim, j. 28.3.1995).

<sup>145</sup> A expressão é utilizada por JOSÉ ABREU. Cf. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, op. cit., p. 229.

exaltação “no pertinente ao erro representa a aplicação do princípio constitucional da boa-fé em seara na qual, até então, reinava absoluta a vontade individual. Traz-se para dentro da ordem civilista um outro desdobramento da boa-fé, de origem constitucional”.<sup>146</sup>

Exemplificando, poder-se-ia imaginar o exemplo de um joalheiro que adquire um relógio de bronze, pensando em se tratar de ouro, sem conferir a qualidade do produto, por depositar confiança no vendedor, com quem mantém relações jurídicas de há muito. No caso, a confiança se mostrou mais relevante do que o conhecimento do adquirente, evidenciando a sua boa-fé objetiva.

A outro giro, se, porventura, o equívoco do agente recair sobre qualidades secundárias do negócio (seja em relação à coisa, seja em relação à pessoa), ter-se-á, então, o chamado *erro accidental* (opondo-se ao erro essencial e real), que não afeta a validade negocial, nos termos do art. 142 do Código Civil. Exemplo interessante diz respeito a uma disposição testamentária que se refira a uma pessoa determinada, estabelecendo em sua qualificação o fato de ser casada, quando, na verdade, é solteira. O erro, em tal hipótese, é insuficiente para invalidar o negócio.<sup>147</sup>

O falso motivo, em regra, não vicia o negócio jurídico, salvo se nele figure explicitamente como razão determinante ou essencial do negócio (CC, art. 140). É que não seria crível, nem admissível, pudesse a ordem jurídica permitir a investigação do escopo psicológico das pessoas, salvo quando o motivo integra o próprio negócio. Interessante exemplo pode ser apresentado, lembrando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo então Desembargador JOSÉ FREDERICO MARQUES (RT 231: 189), citando o caso de venda de fundo de comércio na qual o alienante garante expressamente para o adquirente uma grande freguesia. O comprador, sem dúvida, declarara a vontade com base nessa causa. Estando expressa a razão determinante e, posteriormente, verificado não haver clientela alguma, é evidente a falsa causa do negócio celebrado, sendo admitida a sua anulação.

A referida disposição legal (CC, art. 140) defere, pois, às partes a possibilidade de, concretamente, elevarem um erro accidental ao *status* de erro relevante, substancial.

Finalmente, é preciso observar que no Código Civil de 1916 não era admitido expressamente o erro de direito, equiparando-se as noções de erro de direito e ignorância da lei, a qual não é admitida, conforme previsão do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. O Código Civil de 2002, por sua vez, prevê explicitamente o *erro de direito*, em seu art. 139, III (com uma redação, de certo modo, restritiva), elencando como causa de anulação do negócio jurídico, quando for o motivo único e principal do mesmo, desde que não implique renúncia à aplicação da lei.

Lembre-se, ademais, que o ordenamento equipara ao erro a transmissão defeituosa de vontade. Ocorrerá a hipótese quando o declarante não está na presença do declaratário (destinatário da declaração de vontade) e se vale de uma pessoa como intermediário

<sup>146</sup> MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico*, op. cit., p. 134.

<sup>147</sup> O exemplo é cogitado por ANA LUIZA MAIA NEVARES. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”, op. cit., p. 264.

(núncio ou mensageiro) ou de um meio de comunicação (fax, telégrafo, correios, *Internet...*), havendo divergência entre o que se deseja e o que erroneamente foi transmitido. Há previsão no art. 141 da Lei Civil equiparando ao erro tal situação e, via de consequência, propiciando a anulação do ato.

Referência também há de se fazer ao chamado *erro de cálculo*, que apenas autoriza a retificação da declaração de vontade.

Em qualquer caso, quando a pessoa, a quem se dirigir a manifestação de vontade viciada por erro, se oferecer para executá-la em conformidade com a real, verdadeira, intenção do declarante, não se cogita da anulabilidade do negócio, por desaparecer o necessário prejuízo real.

O ordenamento jurídico estabelece a aplicação específica da teoria do erro em duas hipóteses, submetendo a regras próprias, específicas, afastando das regras gerais dos arts. 138 a 144. São os casos de: (i) *erro essencial sobre a pessoa do cônjuge* (CC, art. 1.557), que pode ser alegado como causa de anulação do casamento (dizendo respeito, por exemplo, ao equívoco quanto à identidade física do cônjuge); e (ii) de *vícios redibitórios* (CC, arts. 441 a 446), que são os defeitos ocultos da coisa adquirida onerosamente, de modo a lhe retirar expressão econômica ou lhe modificar a substância, permitindo ao adquirente reclamar o desfazimento do negócio de compra e venda ou o abatimento do preço (é o exemplo do touro reprodutor que, posteriormente, descobre-se ser estéril).

### 10.10.3 Dolo

Enquanto no erro há uma (espontânea) falsa impressão das circunstâncias do negócio, no dolo tem-se um vício através do qual o agente é induzido a se equivocar em razão de manobras astuciosas, ardilosas e maliciosas perpetradas por outrem. Em síntese apertada, porém completa, *no erro o agente se enganou sozinho; no dolo, foi induzido a erro, foi enganado*. Ou seja, o dolo, nada mais é, senão, um erro provocado por terceiro.

O dolo, assim, é todo e qualquer artifício empregado por uma das partes, ou por terceiro, com o fito de induzir outrem à prática de um ato. Advirta-se, entretanto, não ser necessário que haja prejuízo para aquele que, incorrendo no erro provocado, manifesta a vontade através do dolo. Bastará que o artifício, o ardil, utilizado tenha sido suficiente para fazer o agente celebrar um negócio que, em condições regulares, não celebraria.

Cumprе ressaltar, desde já, que o dolo civil tem disciplina própria, não se confundindo com o dolo exigido pelo Direito Penal para a configuração delituosa.

Para que possa servir de causa anulatória do negócio jurídico, o dolo, tal como o erro, deve ser *principal (essencial)*, caracterizando-se como aquele que funciona como elemento necessário para a realização do negócio, ou seja, como sua causa determinante – motivo que conduziu, fundamentalmente, à prática do ato negocial. Vale dizer, sem o dolo, a parte não realizaria o negócio, sendo ele essencial à sua celebração. É preciso que o dolo tenha sido a força propulsora da declaração de vontade viciada.

Se, entretanto, a parte realizaria o negócio, com ou sem o dolo, tem-se, então, o *dolo acidental (incidental ou dolus incidens)*, que, em conformidade com o art. 146 do Código

Civil, não serve para a anulação do negócio, apenas obrigando à satisfação das perdas e danos, por conta das condições menos vantajosas estabelecidas no negócio para o declarante. Repita-se: só o *dolo essencial* (principal, o *dolus causam dans contractui*) permite a anulação do negócio, como reza o art. 145 da Codificação.

Também se distingue, em sede doutrinária, o *dolus bonus* do *dolus malus*, importando esclarecer que somente este (*dolus malus*) macula o negócio jurídico, por nele existir vontade de iludir para viciar o consentimento, por importar prejuízo para a parte contrária (declaratário).

Ressalte-se, ademais, que o *dolus bonus* é uma categoria jurídica tolerada juridicamente, especialmente no mundo dos negócios. Consiste basicamente nos exageros cometidos pelo vendedor, valorizando o objeto a ser alienado ou potencializando as suas qualidades (é o exemplo do vendedor que anuncia o objeto da compra e venda como o “melhor carro do mundo”). Assinala WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO serem admissíveis tais manifestações exageradas “no giro diário dos negócios, porque, com um pouco de diligência, um pouco de perspicácia, podem ser dissipadas, desde que os exageros não sejam acompanhados de artifícios”.<sup>148</sup> Disso não diverge o professor e magistrado brasileiro DANIEL EDUARDO CARNICCHIONI: “O *dolus bonus* não pode ser invocado para anular o negócio jurídico. O dolo inocente corresponde ao exagero das práticas comerciais (ex.: essa é a melhor peça de roupa). Existe malícia, mas é aquela malícia tolerada pelo meio social, a qual não rompe a barreira da ética. Não há intenção de lesar ou prejudicar o outro sujeito”.<sup>149</sup> O critério de aferição da conduta, com o fito de compreender o dolo como bom ou mal, sem dúvida, é a *boa-fé objetiva*, isto é, a confiança que se espera das pessoas habitualmente.

Convém salientar, entretanto, que o Código de Defesa do Consumidor vedou qualquer espécie de *propaganda enganosa*, em seu art. 37, impedindo que se conduza o consumidor a qualquer tipo de erro, motivo pelo qual ficou obstado, em sede consumerista, qualquer espécie de exagero, que somente será admitido se não for capaz de induzir o consumidor a erro. Por conta disso, o *dolus bonus* não mais é tolerável no âmbito das relações de consumo. Outrossim, é preciso realçar que se a malícia perpetrada pelo agente para a celebração do negócio (*dolus bonus*) implicar em violação da boa-fé objetiva, transmuda-se em *dolus malus* (ou dolo do mal), tornando o negócio anulável.

Classifica-se o dolo, em outro critério, em *dolo positivo* (comissivo) – quando consistir em uma ação perpetrada pelo agente – ou negativo (omissivo ou *reticência*) –, que se caracteriza pelo silêncio intencional de uma das partes sobre fato ou qualidade do objeto sobre o qual repousa a declaração de vontade. Com esse pensamento, o art. 147 do Código Civil admite o dolo omissivo, tendo como pano de fundo, sem dúvida, a proteção à boa-fé.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 203.

<sup>149</sup> CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 584.

<sup>150</sup> Vale a referência a decisão judicial considerando o dolo omissivo, dando colorido à tese aqui apresentada: “Direito Civil. Vício de vontade. Dolo. Anulação do negócio jurídico. Comete dolo, viciando a vontade negocial, aquele que aliena um lote de terreno, imóvel destinado à construção, ocultando à parte adquirente que a área fora antes declarada *non aedificandi* por ato da autoridade municipal. Tratando-se, então, de vício



O dolo pode ser oriundo, também, de conduta de terceiro, como reconhece o art. 148 do Estatuto Substantivo.

Terceiro é aquele que não intervém direta ou indiretamente no negócio. No entanto, não será considerado terceiro o representante da parte (legal ou convencional), uma vez que, atuando nos limites de seus poderes, considera-se o ato praticado pelo próprio representado. Se se trata de representante legal, só obrigará o representado a responder civilmente até a importância do proveito que tenha obtido. Por outra banda, se o representante é convencional (e, logicamente, foi escolhido pelo representado), responderá o representado solidariamente pelas perdas e danos, tendo ação regressiva contra o procurador, se sofrer condenação (CC, art. 149).

Para a anulação do negócio por dolo de terceiro – que, por óbvio, deve ser principal – é preciso que a parte a quem aproveite o dolo tivesse (ou devesse ter) conhecimento do mesmo. É lógico que a parte ludibriada, ainda que o negócio subsista (por exemplo, por falta de conhecimento da parte em favor de quem aproveite), terá ação de reparação de danos contra o terceiro.

Sintetizando, vale apresentar os elementos caracterizadores do dolo:

- i) finalidade de conduzir à prática do ato;
- ii) gravidade dos artifícios utilizados;
- iii) ser a causa determinante da declaração de vontade, viciando-a;
- iv) ser realizado pela outra parte do negócio ou seu procurador e, se realizado por terceiro, que a parte contrária, a quem o dolo aproveite, tenha ciência dele ou devesse ter.

Finalmente, com esteio no art. 150 da Codificação Reale, é preciso observar que ninguém poderá se beneficiar de sua própria malícia (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), motivo pelo qual, se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma delas poderá alegá-lo como causa anulatória do negócio. Menção deve ser feita ao fato de que pouco interessa a espécie de dolo que cada uma das partes possuía, não se admitindo, em nenhuma hipótese, a anulação do ato. Assim, não importa que uma das partes tenha atuado com dolo essencial e a outra, apenas, com dolo accidental; sendo certo que ambas procederam com dolo, não havendo boa-fé, compensam-se as condutas, afastando-se a alegação.<sup>151</sup>

Também se compensa, a outro giro, o dolo omissivo com o dolo comissivo.

#### 10.10.4 Coação

Coação é toda a pressão física ou moral exercida contra alguém, de modo a forçá-lo à prática de um determinado negócio jurídico, contra a sua vontade, tornando defeituoso

de vontade, o efeito comportável é a anulabilidade do negócio jurídico, a ser decretada pelo juiz, na ação própria” (TJ/RJ, Ac. Unân., 8ª Câmara, Ap. Cív. 1996.001.04647, Rel. Des. Laerson Mauro).

<sup>151</sup> Nesse sentido, referenciando a lição de CARVALHO SANTOS, veja-se ANA LUÍZA MAIA NEVARES. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”, op. cit., p. 271.

o negócio. É a coação, assim, o fator externo apto a influenciar a vítima no sentido de realizar, efetivamente, o negócio que a sua vontade (interna e livre) não deseja.

Enquanto no erro o declarante se engana sozinho, espontaneamente, e no dolo é levado a se equivocar, por força de manobras ardilosas, na coação o agente sofre intimidação moral: ou pratica o ato ou sofrerá as consequências decorrentes da ameaça que lhe é imposta.

Desde o Direito Romano a coação é dividida em dois tipos distintos:

- i) *Coação física*, a chamada *vis absoluta*, caracterizada por uma pressão resultante de uma força exterior suficiente para tolher os movimentos do agente, fazendo desaparecer sua vontade. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em clássico exemplo, lembra a hipótese de alguém cuja mão é tomada para assinar um documento;<sup>152, 153</sup>
- ii) *Coação moral*, também dita *vis compulsiva*, caracterizada pela existência de uma ameaça séria e idônea de algum dano (de ordem material ou moral), a ser causado ao declarante ou a pessoa afetivamente ligada a ele, viciando a sua vontade. JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES menciona o exemplo de alguém que aceita vender uma casa, sob a ameaça de serem revelados segredos de sua vida pessoal, como a existência de uma amante, sofrendo sérios prejuízos patrimoniais com a venda.<sup>154</sup>

Enquanto na hipótese de *vis absoluta* (coação física) o negócio é inexistente, porque não há qualquer declaração de vontade (nem mesmo qualquer vontade na vítima, como assegura CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA),<sup>155</sup> no caso de *vis compulsiva*, isto é, na coação moral, o negócio é anulável, exatamente porque houve um vício, defeito, na declaração de vontade, decorrente da coação sofrida, uma vez que não se tolheu por completo a liberdade volitiva.

Implica a coação, por conseguinte, na ameaça realizada através de condutas comissivas ou omissivas.

Os requisitos para a configuração da coação podem ser assim sistematizados:

- i) gravidade (ameaça de um dano sério a ser imposto à vítima ou a terceiro a quem se vincule afetivamente);

<sup>152</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 210. Também se valendo do mesmo exemplo, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 334-335.

<sup>153</sup> JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES apresenta interessantíssimo exemplo histórico, que permite perceber a *vis absoluta*. Lembra o professor da PUC/RJ que a princesa Margot casou-se com Henrique de Navarra – antes de se tornar Henrique IV da França – por motivos políticos. No entanto, não era seu desejo casar com um noivo protestante e com a péssima fama de não tomar banho! No momento da celebração do casamento, tendo o presidente da cerimônia perguntado à noiva se era de sua vontade casar, unindo-se ao nobre, a princesa, que mantinha relutante silêncio, recebeu um forte empurrão de sua genitora, a atenta Catarina de Médice, o que a fez balançar positivamente o rosto. Trata-se de típico caso de ausência de manifestação de vontade, caracterizando coação física, o que, no Direito contemporâneo, permitiria a anulação do ato. Cf. “Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 297.

<sup>154</sup> NEVES, José Roberto de Castro. “Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 296.

<sup>155</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 335.

- ii) seriedade (que a coação seja idônea para assustar a vítima);
- iii) iminência ou atualidade;
- iv) nexo causal entre a coação e o ato extorquido (ou seja, o negócio somente foi realizado por conta da coação);
- v) que o ato ameaçado seja injusto.

Para a aferição dos elementos acima listados, é preciso que sejam analisadas as *circunstâncias subjetivas* da vítima, ao contrário do que ocorre com o erro (onde são analisadas as *circunstâncias objetivas*). Assim, o sexo, a idade, a formação intelectual e profissional serão levadas em conta para aferir a existência, ou não, de coação.

Muito embora não exista previsão em lei, a doutrina, corretamente, tem exigido, tal como no erro e no dolo, que se trate de coação *principal, essencial*, para que autorize a anulação do negócio. Assim, é preciso que a coação seja a causa determinante do negócio. Identicamente, a coação *acidental* (que se perfaz quando o agente celebraria o negócio mesmo sem a pressão sofrida) somente obriga ao ressarcimento do prejuízo.<sup>156</sup>

Nos termos do art. 153 do Livro Civil, não são causas da anulação do negócio jurídico por coação a *ameaça de exercício regular de direito* (salvo se se tratar de exercício abusivo de direito ou se houver constrangimento da parte contrária)<sup>157</sup> e o *temor reverencial*. Por isso, o credor que ameaça o devedor de protestar o título, se não lhe for paga regularmente, ou o receio de desgostar a quem se deve obediência não viciam o negócio.

Também não constitui defeito a ameaça de um mal impossível ou remoto, assim como de mal evitável ou menor do que o ato extorquido, por não permitir a dualidade entre o mal em perspectiva e a declaração de vontade.

A coação exercida por terceiro vicia o negócio jurídico se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a quem aproveite, respondendo esta, solidariamente com o terceiro, por perdas e danos. Note-se, entretanto, que, se a parte a quem aproveita a coação decorrente de terceiro não tivesse ou não devesse ter conhecimento daquela, o negócio jurídico subsistirá, respondendo o autor da coação por todas as perdas e danos causadas ao coacto (CC, art. 155). Assim, por força do art. 154 do Código Civil, a coação exercida por terceiro somente será causa de anulabilidade do ato se o beneficiário dela tivesse ou devesse ter ciência.

Ademais, vale o esclarecimento de que a coação consiste em ameaça de mal ao declarante ou a pessoa de sua família, compreendido, aqui, o termo *família* em sentido amplíssimo, não apenas envolvendo as pessoas unidas por laços de parentesco (consanguíneo, afim ou adotivo), mas, por igual, as pessoas atadas por laços afetivos. Por isso, o parágrafo único do art. 151 do Código afirma que, se a coação for dirigida a

<sup>156</sup> Entendendo dessa maneira, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 137.

<sup>157</sup> MARIA HELENA DINIZ oferece exemplo afirmando que se houver excesso do Delegado de Polícia como “na hipótese em que um menor preso e sem qualquer assistência se vê acusado de prática criminosa, consente em se casar e se casa ainda sob prisão, tal procedimento caracteriza a coação viciadora do ato jurídico, justificando a anulação do casamento” (RT 413: 369). Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 398.

pessoa não pertencente à família da vítima, o juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto, decidirá. É o exemplo de um amigo muito próximo ou de um afilhado.

### 10.10.5 Lesão

Em perspectiva avançada, fundada na ótica civil-constitucional, é possível vislumbrar a lesão como “uma ‘moldura’ na qual o projeto existencial humano é capaz de projetar valores e opções políticas”, como referenda PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR.

E prossegue: “Enquanto ‘moldura’ a lesão impõe, sem rebuscos, os seus contornos: *ela é sempre um prejuízo resultante da exagerada desproporção das prestações existentes nos negócios jurídicos*. Evidentemente que a sua conceituação variará, sobretudo, em função dos conteúdos normativos que a legislação lhe impuser”.<sup>158</sup>

Conquanto o Código Civil de 1916 não tenha feito menção à lesão, a ordem jurídica pátria já conhecia o instituto, em razão de dispositivos legais insertos na Lei nº 1.521/51 – Lei de Economia Popular (art. 4º)<sup>159</sup> e no Código de Defesa do Consumidor (que, em seus arts. 6º, V, 39, V, e 51, IV, reputa nulas, de pleno direito, as cláusulas abusivas, obstando a prática da lesão em contratos de consumo).

Na verdade, o instituto da lesão é um só, subdividido, entretanto, em diferentes espécies, com características próprias e particulares.

Nessa linha de ideias, é possível, sistematicamente, estruturar a lesão a partir das seguintes espécies:<sup>160, 161</sup>

- a) a lesão enorme ou lesão propriamente dita, incluída a lesão enormíssima, resgatada a partir de referências históricas no Direito Romano, caracterizada, simplesmente, pelo excesso nas vantagens e desvantagens, tratando-se de defeito exclusivamente objetivo. Materializava-se a partir de um critério tarifado, bastando, v. g., que no contrato de compra e venda ocorresse desproporção superior à metade do justo preço;
- b) a lesão usurária ou usura real, contemplada na Lei de Economia Popular, originada nas influências do BGB, § 138, exigindo para a sua concretização, além do requisito objetivo, outros de ordem subjetiva: (b.1) o estado de necessidade, a

<sup>158</sup> CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. *A lesão consumerista no direito brasileiro*, op. cit., p. 62. Em assemelha-da visão, ANELISE BECKER compreende a lesão como “a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado” (*Teoria geral da lesão nos contratos*, op. cit., p. 1).

<sup>159</sup> Art. 4º: “Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros”.

<sup>160</sup> Adotando esse critério classificatório, MARCELO GUERRA MARTINS. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*, op. cit., p. 109 ss, e CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO. *Da Lesão no Direito Brasileiro Atual*, op. cit., p. 97 ss.

<sup>161</sup> Acerca do instituto da lesão e sua estrutura no direito brasileiro, vale remeter o leitor à obra de FERNANDA IVO PIRES. *A lesão no Código Civil brasileiro*, op. cit., em especial, p. 41-92.

inexperiência ou a leviandade da parte que declara a vontade, e (b.2) a consciência da parte que causa a lesão, se beneficiando de forma dolosa, sabendo estar lesando a parte contrária (é o chamado *dolo de aproveitamento*, exigível em face do caráter penal da lesão usurária). Veja-se que não se investiga a vontade da vítima, mas a do autor da lesão, que pratica ato contrário aos bons costumes;

iii) a *lesão especial*, assim intitulada por falta de qualificação específica<sup>162</sup> e contemplada no Código Civil, em seu art. 157. Diferencia-se da *lesão enorme* porque para a sua caracterização não é bastante a desproporção entre as prestações (elemento objetivo), exigindo-se, também, requisitos relacionados aos sujeitos (subjetivos). Também se distingue da *lesão usurária*, no entanto, pois não cogita do dolo de aproveitamento da parte beneficiada, caracterizando-se independentemente da vontade da parte que se beneficia em lucrar exageradamente. Não se persegue a ocorrência de um ilícito;

iv) a *lesão consumerista*, tipificada no Código de Defesa do Consumidor, caracterizada, nas linhas gerais do Direito Romano, pelo simples elemento objetivo, dispensada a perquirição subjetiva. Porém, ao contrário da lesão enorme, não há qualquer tarifamento da desproporção existente entre as prestações, cabendo ao juiz analisar a sua ocorrência caso a caso. Há importantes passagens jurisprudenciais relativas à lesão consumerista, podendo se ilustrar com a seguinte:

“Seguro. Automóvel. Valor de mercado. É abusiva a prática de incluir na apólice um valor, sobre o qual é cobrado o prêmio, e pagar o seguro de acordo com o valor menor, correspondente ao preço de mercado estimado pela seguradora” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 15.915-4/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 25.3.1998, DJU 22.6.1998, p. 99).<sup>163, 164</sup>

<sup>162</sup> Assim, MARCELO GUERRA MARTINS. *Lesão Contratual no Direito Brasileiro*, op. cit., p. 109.

<sup>163</sup> Colhe-se do voto-condutor do eminente Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR que “celebrar o contrato de seguro do veículo atribuindo-lhe um valor, que certamente é o de mercado ao tempo de sua contratação, segundo a avaliação da própria seguradora, e receber sobre esse valor o prêmio, para depois pagar pelo valor de mercado do veículo ao tempo do sinistro, segundo outra avaliação unilateral da seguradora, é, em primeiro lugar, enriquecer-se com o prêmio sobre um valor que não será igual ao do pagamento; em segundo, impor ao segurado o valor estimado unilateralmente para o pagamento. Essa prática, apesar de amplamente difundida, não pode ser aceita”.

<sup>164</sup> Em outra passagem, igualmente de grande importância prática, o Superior Tribunal de Justiça confirmou os contornos da aplicação da lesão em departamento consumerista. Veja-se: “Plano de saúde. Limite temporal de internação. Cláusula abusiva. I. É abusiva a cláusula que limita no tempo a internação do segurado, o qual prorroga a sua presença em unidade de tratamento intensivo ou é novamente internado em decorrência do mesmo fato médico, fruto de complicações da doença, coberto pelo plano de saúde. II. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e, se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do CDC. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 15.872-8/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.3.1998, DJU 17.5.1999, p. 197, RF 328: 315).

Lembre-se, ainda, que enquanto a *lesão especial* (do Código Civil) gera anulabilidade do negócio jurídico, nos termos do art. 171 do Livro Substantivo, a *lesão consumerista* (como reza o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor) e a *lesão usurária* têm como consequência a nulidade de pleno direito, obstando a produtividade dos efeitos.

Merece atenção a *lesão especial*, prevista no Código Civil de 2002.

O art. 157 da Codificação trata da *lesão (especial)*, estabelecendo que ocorrerá “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

A leitura do dispositivo legal – ainda que de modo perfunctório – leva à conclusão de que se configura a lesão quando alguém obtém *lucro exagerado*, desproporcional, aproveitando-se da falta de malícia (inexperiência) ou da situação de necessidade do outro contratante. Prende-se, por conseguinte, à ideia de justiça contratual.

Segundo MARIA HELENA DINIZ, o instituto da lesão tem o escopo de “proteger o contratante, que se encontra em posição de inferioridade, ante o prejuízo por ele sofrido na conclusão do contrato, devido à desproporção existente entre as prestações das duas partes”,<sup>165</sup> exemplificando com a situação da pessoa que, na iminência de ser despejada do imóvel onde reside, necessitando achar outro lugar para abrigar sua família, aceita pagar valor exorbitante a título de aluguel, em outro imóvel.

Já ANELISE BECKER, em monografia dedicada ao tema, esclarece ser a lesão “a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitantemente a sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado”.<sup>166</sup>

A partir dessas ideias, é fácil perceber a lesão como o prejuízo sofrido por uma das partes na conclusão do negócio, decorrente da desproporção existente entre as prestações dos contraentes, sendo que um dos negociantes, valendo-se da premente necessidade (conhecida ou não) ou da inexperiência do outro, obtém lucro exorbitante ou desproporcional ao proveito resultante da prestação.

Nessa linha de intelecção, releva destacar, com FERNANDA IVO PIRES, que a lesão não tem caráter de punição à parte que se beneficia em um determinado contrato, mas o fito de “cumprindo a sua função social, promover uma igualdade substancial entre os contratantes”.<sup>167</sup>

Importa frisar que a desproporcionalidade entre as prestações que incumbe às partes deve ocorrer no *momento da declaração da vontade*, no instante da contratação. É que, se a desproporção for superveniente, apenas ocorrendo no decorrer do cumprimento do negócio, não poderá o intérprete se socorrer da lesão, devendo invocar a *onerosidade excessiva*, que, nos termos dos arts. 478 a 480 do *Codex*, permite a revisão do contrato (e não a sua invalidação).

<sup>165</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 398.

<sup>166</sup> BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, op. cit., p. 1.

<sup>167</sup> PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro*, op. cit., p. 134.



Não se confunda: se a desproporção das prestações e, consequentemente, a excessiva onerosidade puderem ser apreendidas das próprias disposições contratuais, há lesão – que é contemporânea à declaração de vontade; se, ao revés, a onerosidade excessiva deflui de fatos posteriores, supervenientes à declaração de vontade, não há lesão, sendo caso de revisão contratual, com base na teoria da onerosidade excessiva ou da quebra da base objetiva do negócio jurídico.

Utilizando corretamente os institutos, veja-se o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

“Negócios jurídicos bancários. Contratos de abertura de crédito. Ação revisional. 1. Incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos financeiros. 2. Controle de cláusulas contratuais abusivas estipuladoras de encargos financeiros com base no CDC. 3. Limitação dos juros contratuais, no caso concreto, com base na cláusula geral de lesão (art. 51, IV, do CDC)” (TJ/RS, Ac. 1ª Câm. de Férias Cível, Ap. Cív. 599488657, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira, j. 29.12.1999).

Sem dúvida, a apuração da lesão deve ocorrer “segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico”, como dispõe o art. 157 do Texto Codificado.

O reconhecimento da lesão depende da conjugação de dois elementos fundamentais:<sup>168</sup>

- i) um de *ordem objetiva*, caracterizado pela manifesta desproporção, disparidade, entre as prestações estabelecidas no negócio. A lei brasileira optou, corretamente, pelo conceito aberto, não definindo, de antemão, um parâmetro quantitativo para a caracterização da lesão (metade do valor, um terço etc.), o que somente ocorrerá em concreto, no caso posto à apreciação judicial,<sup>169</sup> segundo os valores da época da contratação (art. 157, § 1º);
- ii) outro de *índole subjetiva*, que se caracterizará pela inexperience (compreendida a partir das condições pessoais do contratante, como a sua situação social, cultural ou educacional) ou premente necessidade (que pode ser bem definida como a impossibilidade de evitar o negócio, exclusivamente considerada em relação àquela contratação específica) do lesado no momento da contratação, levando a outra parte a um lucro exagerado, dispensado o chamado *dolo de aproveitamento* da parte beneficiada.<sup>170</sup> Basta, portanto, que a parte que se beneficia conheça a situação de inferioridade, sendo desnecessária a intenção do agente

<sup>168</sup> A dualidade de elementos para a configuração da lesão também é exigida por PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR em excelente monografia dedicada ao tema. Cf. *A lesão consumerista no direito brasileiro*, op. cit., p. 78 ss.

<sup>169</sup> Esclarecedor é o seguinte trecho doutrinário extraído da obra de ANELISE BECKER: “Nem toda desproporção importa juridicamente. Há certa margem de tolerância para a desproporção entre as prestações, na qual ingressa o lucro, pois é incontestável a licitude – e por certo também a moralidade – da elaboração ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda” (*Teoria geral da lesão nos contratos*, op. cit., p. 110).

<sup>170</sup> Propagando essa ideia, MARCELO GUERRA MARTINS defende que “não se pode esquecer que o dolo de aproveitamento somente é exigível na lesão usurária, sendo certo que o Projeto (Código Civil já em vigor) trata da lesão especial” (*Lesão Contratual no Direito Brasileiro*, op. cit., p. 190-191).

de obter lucro exagerado. Note-se, pois, que o elemento subjetivo diz respeito à vítima, não ao beneficiário.

SÍLVIO RODRIGUES, procurando facilitar a compreensão do instituto, apresenta os caracteres básicos da lesão na sistemática moderna: “a) a lesão só é admissível nos contratos comutativos [...]; b) a desproporção entre as prestações deve verificar-se no momento do contrato e não posteriormente. Pois, se naquele instante não houve disparidade entre os valores, incorreu lesão; c) a desproporção deve ser considerável”.<sup>171</sup>

Quanto aos negócios jurídicos que se submetem à lesão, de fato, em razão de sua natureza, somente os contratos bilaterais e onerosos admitem sua invocação. No entanto, conquanto a doutrina venha, prevalecentemente, limitando sua alegação nos contratos onerosos comutativos, afastando sua incidência nos pactos aleatórios<sup>172</sup> (por ser de sua essência o desconhecimento das vantagens a serem auferidas), não é a melhor solução, sendo mister tecer algumas considerações. Na verdade, o negócio aleatório é aquele em que há risco de ganho e perda para ambos os contratantes, havendo incerteza quanto às vantagens a serem auferidas. No entanto, a lesão deve ser averiguada no instante da celebração do negócio, quando se dá a manifestação de vontade. Logo, o contrato aleatório pode estar inquinado de lesão, quando da celebração, quando, *e. g.*, os riscos consideráveis do negócio são imputados a uma das partes, sendo inexpressivos para a outra, explorando-se situação de inferioridade.

Concorda com essa ideia ANA LUIZA MAIA NEVARES, desfechando que “o contrato aleatório poderá ser lesivo se, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um dos contratantes pelo outro, beneficiado no momento da celebração do negócio”.<sup>173</sup>

Outrossim, corretamente, o § 2º do citado art. 157 do Código Civil estabelece que não será declarada a anulação do negócio por lesão, caso seja oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do seu (exagerado) proveito. Aliás, pensamos ser perfeitamente aplicável a mencionada regra também no estado de perigo, apesar do silêncio da lei.

Não há dúvida, pois, de que a lesão tem como substrato a quebra da comutatividade do negócio jurídico, sendo instrumento para a obtenção de justiça contratual. A partir disso, é lícito perceber a possibilidade de revisão contratual com base na lesão, malgrado disponha a Lei Civil que o seu reconhecimento produz anulabilidade. Ou seja, admite-se que o juiz (ou o árbitro eleito pelas partes, na hipótese de arbitragem) efetue a revisão do negócio jurídico quando o lesionador se dispuser a reduzir o proveito obtido ou oferecer suplemento suficiente. Em tal hipótese, a revisão do pacto permite

<sup>171</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 224-225.

<sup>172</sup> O Código Civil italiano, expressamente, exclui o alcance da lesão nos contratos aleatórios (art. 1.448).

<sup>173</sup> NEVARES, Ana Luíza Maia. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”, op. cit., p. 282. Com a mesma posição doutrinária, ANELISE BECKER, admitindo a lesão nos contratos aleatórios, sempre que “a vantagem que obtém uma das partes é excessiva, desproporcional em relação à álea normal do contrato” (*Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, op. cit., p. 98).

a sua adequação a um sentimento de justiça comutativa, mantida a relação contratual e conservando a vontade manifestada para a celebração do negócio jurídico.<sup>174</sup> Essa possibilidade, inclusive, independe de previsão legal expressa ou mesmo da vontade da parte que se beneficia do vício negocial (lesionante ou lesionador), sendo fruto de uma interpretação construtiva, apta a descortinar possibilidades eficazes de instrumentalização do instituto da lesão à função social do contrato e do necessário sentido ético (boa-fé objetiva). Nessa toada, cimentou-se entendimento nos Enunciados 149 e 291 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 149, Jornada de Direito Civil:

“Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil”.

Enunciado 291, Jornada de Direito Civil:

“Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vista à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço”.

### 10.10.6 Estado de perigo

Também ausente da Codificação de 1916, o estado de perigo vem, agora, contemplado no art. 156 do Código Civil.<sup>175</sup>

Buscando inspiração na lição de MARIA HELENA DINIZ, percebe-se, com clareza meridiana, que o estado de perigo nada mais é do que a projeção do próprio estado de necessidade, típico do Direito Penal, na seara negocial. Assim, a partir da intelecção do pré-falado dispositivo legal, caracteriza-se o estado de perigo “quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação onerosamente excessiva”.<sup>176</sup>

O estado de perigo ocorre no momento em que se declara a vontade, assumindo obrigação excessivamente onerosa, por conta da necessidade de salvar a si ou a alguém a quem se liga por vínculo afetivo. O agente somente assume a obrigação por conta do perigo atual ou iminente, que atua como verdadeiro *fator de desequilíbrio*, não aniquilando a vontade por completo, mas, verdadeiramente, limitando a liberdade de manifestação.

<sup>174</sup> A tese também é sustentada, com total acerto, por CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK e FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ, em trabalho publicado na *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, intitulado “A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual”, op. cit., especialmente na p. 34 ss.

<sup>175</sup> Pondera ANA LUIZA MAIA NEVARES que, apesar da ausência do estado de perigo no Código de 1916, é possível encontrar precedentes jurisprudenciais admitindo-o expressamente. Cf. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”, op. cit., p. 283.

<sup>176</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 401.

Giza, *verbum ad verbo*, o texto legal:

Art. 156, Código Civil:

“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

No estado de perigo o declarante assume comportamento negocial, extremamente oneroso, que não teria, senão em virtude da necessidade de livrar a si mesmo (ou a pessoa a quem se vincule de forma tão intensa que pratique idêntico comportamento) de dano patrimonial ou extrapatrimonial.

A doutrina brasileira vem apresentando interessantes exemplos para demonstrar o estado de perigo: o doente que, por conta de necessidade de salvar-se da moléstia, aceita pagar honorários médicos excessivos<sup>177</sup> ou o genitor que para salvar seu filho das chamas de um incêndio oferece toda a sua fortuna para quem salvá-lo;<sup>178</sup> o pai que, tendo o filho sequestrado, para pagar vultosa quantia a título de resgate, aliena joias valiosas a preço vil;<sup>179</sup> aquele que, afogando-se, promete significativa quantia em pecúnia para quem salvar-lhe e, finalmente, o caso do dono da embarcação que está afundando e se compromete a remunerar excessivamente quem o leve até o porto.<sup>180</sup>

De qualquer sorte, o mais real e significativo exemplo de estado de perigo é formulado por LEONI LOPES DE OLIVEIRA, lembrando dos vultosos depósitos em dinheiro ou prestação de garantia exigidos por instituições hospitalares e clínicas em geral, a título de caução, para que o paciente possa ser atendido em situação emergencial.<sup>181</sup>

Para a caracterização do estado de perigo, exige-se a concorrência de dois elementos:

- i) um, de *ordem objetiva*, consistente na assunção de *obrigação exageradamente onerosa* no momento da exteriorização da vontade, para salvar de *grave ameaça a si ou pessoa a quem se liga afetivamente o declarante*, submetendo-se a *dano atual ou iminente*;
- ii) outro, de *natureza subjetiva*, referente às condições de inferioridade em que se encontrava a *vítima no momento da contratação*, tendo ciência da situação de

<sup>177</sup> É preciso realçar, de qualquer maneira, que a situação narrada (exigência de elevada caução para internação hospitalar) implicará em nulidade da garantia, até mesmo porque a Agência Nacional de Saúde – ANS editou a Resolução Normativa nº 44/03, vedando, expressamente, “em qualquer situação, a exigência, por parte dos prestadores de serviços contratados, credenciados, cooperados ou referenciados das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e Seguradoras Especializadas em Saúde, de caução, depósito de qualquer natureza, nota promissória ou quaisquer outros títulos de crédito, no ato ou anteriormente à prestação do serviço”.

<sup>178</sup> Casos citados por ANA LUÍZA MAIA NEVARES. “O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil”, op. cit., p. 286.

<sup>179</sup> Hipótese suscitada por MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 401.

<sup>180</sup> Exemplos mencionados pelo mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 338.

<sup>181</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 852-853.

perigo, e ao *dolo de aproveitamento daquele que causa o estado de perigo* (que conhecia a situação de perigo), valendo-se do estado de inferioridade da vítima.<sup>182</sup>

Destrinchando esses elementos caracterizadores do estado de perigo, vale elencar os seus requisitos da seguinte forma: (i) existência de grave dano; (ii) que o dano seja atual (ou iminente); (iii) que o perigo seja a causa determinante da declaração; (iv) o conhecimento do perigo pela outra parte; (v) a existência de obrigação onerosa excessivamente; (vi) a intenção do declarante de salvar a si ou a pessoa de sua família ou a terceiro.<sup>183</sup>

É natural, ademais, que deva existir um nexo de causalidade entre o temor da vítima e a sua declaração viciada, somente se perfazendo o negócio (danoso) em razão dessa conexão.

Demais disso, não se olvide que o dano (patrimonial ou extrapatrimonial) que se pretende livrar da vítima deve ser atual ou iminente, não podendo, obviamente, ser pretérito ou futuro. Do mesmo modo, não será possível que o dano já se tenha realizado, por completo, antes da declaração de vontade, pois, nesse caso, de nada adiantaria a conclusão do negócio.

Corretamente, permitiu o legislador no parágrafo único do art. 156 da Codificação de 2002 a caracterização do instituto em comento quando o dano se referir a alguém não pertencente à família do declarante, abraçando um *juízo de equidade* que será exercido pelo magistrado no caso concreto, averiguando se há ligação por laços afetivos entre quem manifesta a vontade e quem sofre o perigo (é o exemplo de alguém que pode declarar vontade e celebrar negócio para salvar um afilhado do perigo em que se encontra). De fato, os laços afetivos não estão circunscritos ao âmbito familiar, sendo possível estender-se por outras relações.

De certa forma, é possível antever certa similitude entre o estado de perigo e a coação (moral, por óbvio). É que em ambas as figuras o agente não manifesta livremente sua vontade. No entanto, distinguem-se porque na coação a ameaça ou violência é oriunda de pessoa interessada na prática do ato (uma das partes do negócio ou terceiro), enquanto no estado de perigo a ameaça provém de simples circunstância fática, que exerce contundente influência sobre a vontade do agente que declarará a vontade.

Outrossim, observa-se que o elemento subjetivo do estado de perigo é muito parecido com o da lesão. Todavia, a diferença é explicável facilmente. Veja-se que no estado de perigo há uma situação de inferioridade da vítima, que é caracterizada pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano, enquanto na lesão pode assumir feições diversas, como a inexperiência.

Conclua-se, por derradeiro, lembrando que, apesar de a legislação não contemplar regra similar à do § 2º do art. 157, que autoriza a não decretação da invalidade se a parte favorecida concordar com a redução do seu proveito, afigura-se, sem dúvida,

<sup>182</sup> Também aponta esses requisitos TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR. “Salve-a, que lhe prometo meu patrimônio! A figura do estado de perigo dentro da perspectiva do novo Código Civil”, op. cit., p. 76.

<sup>183</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 433.

perfeitamente aplicável ao estado de perigo, uma vez que as partes poderão acordar de tal forma, conservando o negócio.

### 10.10.7 Fraude contra credores ou Fraude Pauliana

A fraude contra credores ou fraude pauliana é vício social, traduzível pela prática de um ato de disposição patrimonial pelo devedor, com o propósito de prejudicar o(s) seu(s) credor(es), em razão da diminuição ou esvaziamento do patrimônio daquele.

É que no sistema jurídico brasileiro vige o princípio da *responsabilidade patrimonial do devedor*, como se deduz do art. 591 do Código de Processo Civil. Assim, é forçoso concluir que o devedor responde pelas suas dívidas com o seu patrimônio (presente e futuro) e não com a sua personalidade.

Averiguando detidamente o instituto da *responsabilidade patrimonial*, consagrado pela legislação processual, percebe-se consistir na “*sujeitabilidade*”, ou seja, “*na possibilidade de sujeição* de um patrimônio às medidas executivas que se dirigem a fazer cumprir a vontade concreta do direito substancial (Civil)”, na precisa e clara lição do jovem e talentoso processualista fluminense ALEXANDRE FREITAS CÂMARA.<sup>184</sup> Até porque é no patrimônio do devedor que tem domicílio a garantia comum dos credores. O devedor se obriga, enquanto o seu patrimônio responde.<sup>185</sup>

Pontifique-se: a responsabilidade patrimonial é a simples *sujeitabilidade*, sem necessidade de efetiva sujeição.

É preciso, ainda, trilhar uma importante linha de pensamento para distinguir *responsabilidade* do conceito de *obrigação (débito)*. Com efeito, é do alemão ALOIS BRINZ o mérito de ter procedido à relevante diferenciação: *obrigação (schuld)* resulta do dever assumido por força da lei, do contrato, do ato ilícito ou das declarações unilaterais de vontade (como no exemplo da promessa de recompensa); já a *responsabilidade (haftung)* decorre do descumprimento de uma obrigação primária, ou seja, deflui a responsabilidade quando a obrigação não é cumprida voluntariamente.

A importância dessa distinção tem moradia no fato de que a partir dela afirma-se, com tranquilidade, a possibilidade de *obrigação sem responsabilidade* e de, inversamente, *responsabilidade sem obrigação*, permitindo visualizar o caráter autônomo do instituto da responsabilidade. Note-se que na dívida de jogo e nas dívidas prescritas teremos obrigação sem responsabilidade (isto é, sem a possibilidade de sujeitar o patrimônio do devedor ao cumprimento da obrigação), bem assim como na execução do fiador poderemos visualizar responsabilidade (sujeitando o patrimônio dele ao adimplemento obrigacional) sem obrigação.<sup>186</sup>

<sup>184</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 171.

<sup>185</sup> Com igual pensar, faça-se menção à obra de BELMIRO PEDRO WELTER. *Fraude de Execução*, op. cit., p. 15.

<sup>186</sup> Há interessante acórdão do Supremo Tribunal Federal assinalando que “decompôs-se o conceito de obrigação em dois elementos, que geralmente se encontram unidos, mas que podem estar separados, a saber: a) a dívida que consiste no dever de prestar por parte do devedor; b) e na responsabilidade, que exprime o estado de sujeição dos bens do obrigado à ação do devedor. A dívida, assim, é um vínculo pessoal; a responsabilidade, um vínculo de patrimônio. O devedor obriga-se; seu patrimônio responde. Havendo inadimplemento, a lei confere ao credor o poder de agir sobre os seus bens” (STF, RTJ 107: 833).



Pois bem, a responsabilidade patrimonial é estabelecida no art. 591 do Código Instrumental, proclamando responder o devedor “com todos os seus bens presentes e futuros”. Todavia, o art. 592, do mesmo Diploma, complementa a regra geral da responsabilidade patrimonial, afirmando estarem sujeitos à execução alguns bens que não pertencem ao devedor, importando destacar, dentre eles, os bens alienados ou gravados em fraude de execução.

No ponto, é importante sublinhar que, embora a regra geral seja a incidência da execução em relação aos bens presentes e futuros do devedor, o legislador permitiu que sejam executados também bens que compõem o patrimônio de terceiro, após terem saído do patrimônio do devedor em alienação fraudulenta.

De logo, averbe-se que a alienação fraudulenta de bens é o gênero do qual se apresentam como espécies a *fraude contra credores* (ou *fraude pauliana*), a *fraude de execução* e a *alienação de bem penhorado*, havendo, sem dúvida, entre as referidas espécies, uma gradação, uma escalada, sendo a primeira a menos grave.<sup>187</sup>

Veja-se, então, sistematicamente cada um dos tipos fraudulentos.

A *fraude contra credores* é o artifício malicioso empregado pelo devedor com o fito de impor prejuízo ao credor, impossibilitando-o de receber o crédito, pelo seu esvaziamento ou diminuição do patrimônio daquele. Exige-se, pois, que o passivo do devedor tenha se tornado superior ao ativo, por conta de atos praticados pelo titular com o propósito de lesar o seu credor.

Em outras palavras, na fraude pauliana o devedor dilapida, maliciosamente, o seu patrimônio, reduzindo-o à insolvência, de modo a prejudicar credores.

A partir dessa noção elementar, já é possível extrair os elementos caracterizadores desse vício social dos negócios jurídicos:

- i) a diminuição ou esvaziamento do patrimônio do devedor, até a sua insolvência (elemento de índole objetiva, chamado de *eventus damni*);
- ii) o intuito malicioso do devedor de causar o dano (elemento de cunho subjetivo, nominado de *consilium fraudis*), sendo possível exemplificar com a referência a uma pessoa que, sabendo que será acionada para reparar o dano que causou em acidente de trânsito, transmite os seus bens, gratuitamente, para terceiros.

O *eventus damni* (elemento objetivo) é representado, pois, pelo prejuízo. “Diz-se, então, que o ato praticado em fraude do direito dos credores não terá provocado prejuízo senão quando tiver feito nascer ou aumentar a insolvabilidade do devedor; sendo evidente, assim, que a simples diminuição do patrimônio do devedor não autoriza por si a revogação do ato, pois o *eventus damni* só se verifica quando essa diminuição compromete o direito do credor, de maneira tal que o mesmo não possa receber o que lhe é devido; desde que o ato do devedor não tenha acarretado um prejuízo desse porte,

<sup>187</sup> Nesse sentido, e sobre o tema como um todo, é relevante remeter às lúcidas ponderações de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 174 ss.

não haverá para o credor o direito de impugná-lo. Em substância, o dano pauliano é a insolvência total ou parcial do devedor”, nas palavras de YUSSEF SAID CAHALI, em opúsculo dedicado ao tema.<sup>188</sup>

Já o *consilium fraudis* (elemento subjetivo) se caracteriza pela má-fé, pelo intuito fraudulento. Esse ato intencional de fraude pode ser praticado isoladamente (como na renúncia à herança) ou aliado a terceiro, como na venda fraudulenta de bens. Nesse particular, há de se demonstrar que o terceiro sabia – ou tinha como saber – da redução do alienante (devedor) ao estado de insolvência, explicitando o elemento subjetivo. Ou seja, é preciso demonstrar que o terceiro adquirente tinha ciência (ou deveria ter) da má-fé, pelas circunstâncias do negócio (preço vil, por exemplo), embora não se exija demonstrar o *animus nocendi* desse terceiro (ou seja, a sua intenção de prejudicar o credor). Ilustra a situação CARLOS ROBERTO GONÇALVES, ponderando, lucidamente, que, “ao tratar do assunto, o legislador teve de optar entre proteger o interesse dos credores ou o do adquirente de boa-fé. Preferiu proteger o interesse deste. Assim, se ignorava a insolvência do alienante, nem tinha motivos para conhecê-la, conservará o bem, não se anulando o negócio. Deste modo, o credor somente logrará invalidar a alienação se provar a má-fé do terceiro adquirente,<sup>189</sup> isto é, a ciência deste da situação de insolvência do alienante”.<sup>190</sup>

A jurisprudência já teve oportunidade de abraçar a tese esposada pela doutrina:

“Não é ineficaz a alienação feita a terceiro, que de boa-fé adquire o bem de um sucessor do devedor, embora contra este corresse ação de cobrança capaz de reduzi-lo à insolvência, se dela o comprador não tinha conhecimento” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 18.581-3/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 5.11.1998, DJU 1.2.1999, p. 214).<sup>191</sup>

O ordenamento jurídico, no entanto, presume a má-fé do adquirente em hipóteses nas quais a insolvência for notória (como nos casos de títulos protestados) ou quando houver motivo para ser conhecida por ele (o negócio tiver preço vil, houver parentesco entre quem adquire e quem aliena etc.), conforme estampa o art. 159 da Codificação.

Seguindo a opção legislativa e sistematizando a compreensão da matéria, é possível apontar as seguintes hipóteses em que se presume o ânimo fraudulento (requisito caracterizador da fraude contra credores):

- i) na transmissão gratuita de bens (CC, art. 158, *caput*, como, v. g., na doação);
- ii) na remissão (perdão) de dívidas (CC, art. 158, *caput*);

<sup>188</sup> CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 179-180.

<sup>189</sup> Sobre o tema, vale colacionar aresto exigindo a demonstração da má-fé: “Provados o *eventus damni* e a má-fé do devedor na alienação onerosa, assim como o *consilium fraudis* com o terceiro adquirente, é imperiosa a procedência da ação (pauliana), para a desconstituição viciada” (TA/MG, Ac. 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. 245.028-4, j. 3.2.1998, RJTAMG 70: 123).

<sup>190</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 145.

<sup>191</sup> Em igual sentido: “Não caracteriza fraude o negócio de compra e venda realizado com terceiros de boa-fé, muito antes da execução, através de procuração por instrumento público, tendo sido formalizada a venda e registrado o título antes da penhora” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 20.367-7/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 27.4.1999, DJU 21.6.1999, p. 167).

- iii) na celebração de contratos onerosos do devedor com terceiros (CC, art. 159), em casos nos quais a insolvência seja notória, pública;
- iv) na antecipação de pagamentos (CC, art. 162);
- v) no pagamento de dívida ainda não vencida, por colocar alguns dos devedores em posição desfavorável, quebrando a igualdade (CC, art. 162);
- vi) na outorga de direitos preferenciais a um dos credores (CC, art. 163), como a instituição de hipoteca ou penhor em favor de um dos credores.

Não será presumida, porém, a fraude nos negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural ou industrial, bem como à subsistência do devedor e de sua família, como tempera o art. 164 do Estatuto Substantivo.

O meio idôneo disponibilizado pelo legislador para o reconhecimento da fraude contra credores é a ação pauliana (assim apelidada em homenagem ao Pretor Paulo, seu precursor no Direito Romano), também chamada de ação revocatória, que possui natureza desconstitutiva, submetida ao prazo extintivo (decadencial) de quatro anos, comum às ações anulatórias do negócio jurídico por defeito (CC, art. 178).

Em nosso ordenamento jurídico, a ação pauliana serve para o reconhecimento da anulabilidade do negócio jurídico praticado em fraude contra credores. A sentença pauliana, por conseguinte, promove a anulação do negócio jurídico fraudulento, restituindo as partes ao *status quo ante*. Nesse sentido, defendendo que, a partir da leitura dos dispositivos legais pertinentes à matéria, a fraude pauliana conduz à anulabilidade, encontram-se NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY,<sup>192</sup> além de autores clássicos como SÍLVIO RODRIGUES<sup>193</sup> e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.<sup>194</sup>

Há, entretanto, uma outra posição doutrinária – mais moderna e acertada – entendendo que o ato praticado em fraude contra credores é plenamente válido, preenchendo os requisitos do plano da validade, apenas sendo *ineficaz em relação ao credor do alienante, uma vez que não poderá lhe ser objetado*, permitindo-lhe buscar no patrimônio do terceiro adquirente o bem alienado em fraude, de modo a assegurar seus direitos creditícios. Com esse pensamento, encontram-se autorizados juristas, como YUSSEF SAID CAHALI,<sup>195</sup> em aprofundada obra dedicada à matéria, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA<sup>196</sup> e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,<sup>197</sup> dentre outros. Para eles, não é possível enxergar no negócio praticado em fraude pauliana natureza anulatória, uma vez que, se assim fosse, as partes voltariam à situação primitiva, retornando o bem ao patrimônio do devedor, não satisfazendo o credor e permitindo, *ad argumentandum tantum*, que um eventual credor com privilégio pudesse excutir o referido bem, antes mesmo do credor que promoveu

<sup>192</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, op. cit., p. 77.

<sup>193</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 238.

<sup>194</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 346.

<sup>195</sup> CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 374 ss.

<sup>196</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 176.

<sup>197</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, op. cit., p. 256. Também adotam esse raciocínio PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 390.

a ação. Ademais, percebem o absurdo que seria devolver eventual saldo remanescente da venda do bem (quando o seu valor for superior ao total da dívida) ao próprio devedor, frustrando o terceiro adquirente. Assim, reconhecida a fraude contra credores, por decisão judicial, “o ato praticado fraudulentamente permanece válido entre seus sujeitos. Entende-se, também, como é que, uma vez expropriado o bem, e obtida uma quantia em dinheiro superior ao crédito exequendo, o saldo restante deva reverter para o adquirente do bem, e não para o devedor que o alienara fraudulentamente. Tudo isto ocorre porque a sentença pauliana não anula o ato, mas tão somente retira sua eficácia em relação ao credor”, como enfatiza ALEXANDRE FREITAS CÂMARA.<sup>198</sup>

Essa solução alvitrada por parcela da doutrina, que merece endosso por apresentar-se, de fato, mais técnica e razoável, *não é, todavia, a que foi adotada pelo nosso sistema jurídico de direito positivo*, que, ao revés, nitidamente, opta pela anulabilidade do negócio celebrado com fraude contra credores.

De qualquer maneira, com as reformas da legislação processual e com o novo sistema de *cumprimento de sentença* (CPC, art. 475), o próprio juiz, ao reconhecer a anulabilidade de um negócio jurídico por fraude pauliana, poderá (*rectius*, deverá) determinar mecanismos concretos de cumprimento efetivo da decisão judicial, o que dispensará, em nível prático, a necessidade de propositura de uma outra demanda. Raciocinando em nível prático, ao reconhecer a anulabilidade de um contrato fraudulento, o juiz já poderá autorizar, na própria sentença, que o bem (fraudulentamente alienado) seja objeto de penhora, garantindo os interesses do autor da ação.

Admitindo essa compreensão, já há precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que o efeito jurídico decorrente do reconhecimento da fraude pauliana é desconsiderar a alienação do bem em favor do credor, independentemente de anular o negócio celebrado. Vale a pena conferir:

“A fraude contra credores, proclamada em ação pauliana, não acarreta a anulação do ato de alienação, mas, sim, a invalidade com relação ao credor vencedor da ação pauliana, e nos limites do débito de devedor para com este” (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 971.884/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.3.2011, *DJe* 16.2.2012).

Acrescente-se, a outro giro, ser exigível para a propositura da ação pauliana, além dos requisitos objetivo e subjetivo, a demonstração da relação de causalidade entre o ato fraudulento e o dano. Ou seja, impõe-se evidenciar que o prejuízo sofrido decorreu da alienação em fraude.

Sob o ponto de vista processual, a legitimidade ativa para a propositura da ação pauliana é daquele que já era credor ao tempo da prática do ato de alienação, enquanto a legitimidade passiva recai não somente sobre o devedor que fraudava o interesse do credor, mas, por igual, sobre aquele que com ele celebrou o negócio e os terceiros adquirentes que hajam procedido com má-fé (CC, art. 161), formando um litisconsórcio passivo necessário, em razão da natureza da relação jurídica (CPC, art. 47). O devedor, todavia,

<sup>198</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 178.

não terá, por óbvio, legitimidade ativa em nenhum caso (nem aquele que com ele celebrou negócio, em prejuízo do credor), até porque não pode se valer da própria torpeza.

Já a competência para conhecer e julgar a ação revocatória será fixada pela regra geral do art. 94 do Código Adjetivo, de acordo com o foro do domicílio do réu, consistindo em hipótese de competência relativa, prorrogável pela vontade das partes e não reconhecível *ex officio* pelo magistrado, conforme entendimento assentado na Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça. De qualquer forma, como há litisconsórcio necessário, aplica-se o § 4º do art. 94 do Pergaminho Processual, no sentido de que, “havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor”, como já se manifestou o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (Agr. Instr. 187.041.181, j. 25.8.1987).

A natureza da sentença pauliana parece ser, para o entendimento tradicionalmente esposado pela doutrina brasileira (que patrocina a anulabilidade do negócio), *constitutiva negativa* (desconstitutiva). É que o negócio fraudulento praticado produzirá regulares efeitos até que advenha o trânsito em julgado da sentença revocatória, somente permitindo-se ao credor buscar o bem no patrimônio do terceiro adquirente após a formação da coisa julgada (vale dizer, a sentença pauliana restaura a possibilidade de incidência sobre o bem alienado da responsabilidade patrimonial).<sup>199</sup>

Veja-se, no particular, que a fraude contra credores não poderá ser discutida nos embargos de terceiros – e em nenhuma outra ação – porque o negócio fraudulento é válido e originariamente eficaz, somente podendo ser desconstituído por uma decisão judicial, capaz de lhe retirar a eficácia nociva ao credor. Averbe-se, a propósito, que o Superior Tribunal de Justiça cimentou entendimento na Súmula 195 asseverando que:

Súmula 195, Superior Tribunal de Justiça:

“Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores”.

Aliás, convém ressaltar que, apesar de adotar a tese da anulabilidade do negócio jurídico, a referida Súmula explícita, claramente, a produtividade dos efeitos do ato fraudulento, até que sobrevenha decisão de procedência do pedido na ação revocatória.

Convém registrar, ademais, a possibilidade de fraude contra credores praticada pelos cônjuges, através do divórcio consensual. Não se pode olvidar que, realizando uma partilha de bens desigual, com o fito de lesar os credores de um dos consortes, através da renúncia de um deles à sua meação (no todo ou em parte), poderá ocorrer fraude pauliana por conta da presença de seus elementos caracterizadores.

Na escalada fraudulenta, sobreleva compreender, por outra banda, a estrutura da fraude de execução.

<sup>199</sup> Identicamente, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que mesmo admitindo-se a “hipótese (fraude contra credores) como de ineficácia, essa, ao contrário do que sucede com a fraude de execução, não é originária, demandando ação constitutiva que lhe retire a eficácia” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 12.252-3/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 8.3.1999, p. 217). Em sentido diametralmente oposto, PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO afirmam que “a ação visa a declarar ineficaz o ato apenas em face dos credores prejudicados”. Cf. *Novo Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 390.

Instituto peculiar ao Direito brasileiro – sem precedentes no direito comparado –, a *fraude de execução* é modalidade mais grave de negócio fraudulento, caracterizada quando o ato de alienação é praticado *depois da propositura de ação contra o devedor* (ainda que em processo de conhecimento, capaz de reduzi-lo à insolvência, como no exemplo da ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis, não sendo necessário que se trate de ação executiva).<sup>200</sup>

A demonstração da fraude de execução é simplificada, bastando a demonstração do elemento objetivo (o *eventus damni*), sendo desnecessária qualquer discussão a respeito do elemento subjetivo, da intenção fraudulenta. Ou seja, se a alienação se deu após a citação do devedor<sup>201</sup> para os termos da ação proposta (capaz de reduzi-lo à insolvência), presume-se (relativamente)<sup>202</sup> o conluio fraudulento.

Já se disse, em nossos Pretórios, que:

“não se considera realizada em fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado-alienante” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 37.011-6/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Nesse particular, merece referência um novo entendimento doutrinário. Evoluindo a teoria acerca do momento caracterizador da fraude de execução, BELMIRO PEDRO WELTER sustenta bastar a *distribuição da demanda*, defendendo ser desarrazoado “que a ordem jurídica permita que, enquanto pende o processo, o réu altere a sua posição patrimonial, dificultando a realização da função jurisdicional”.<sup>203</sup> Esse posicionamento, todavia, ainda é minoritário, inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que continua exigindo a citação válida do devedor para a caracterização da fraude.<sup>204</sup>

Demais disso, tendo em vista o interesse público consistente na frustração da atividade judicante do Estado, a fraude de execução dispensa a propositura de ação,

<sup>200</sup> Já se reconheceu em sede jurisprudencial: “Fraude de execução. Indispensabilidade de que tenha havido a citação. Não necessariamente, entretanto, para o processo de execução. Basta que se tenha verificado em processo de conhecimento, de que possa resultar condenação” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 74.222/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.5.1996, DJU 10.6.1996).

<sup>201</sup> A jurisprudência tem se firmado no sentido de exigir a *citação válida* do devedor para que se configure a fraude de execução, como se nota dos acórdãos publicados em RSTJ 12: 385, 77: 177 e 89: 230, além da RJTJERGS 146: 13. Por todos, vale invocar precedente do Pretório Excelso: “Não configura fraude à execução a doação de imóvel antes da citação inicial e quando o alienante permaneceu com bens suficientes para atender ao pagamento da dívida em execução” (STF, Ac. 1ª T., RE 85.169-1/MG, Rel. Min. Soares Muñoz, RT 526: 263).

<sup>202</sup> Se houver registro da citação válida do réu (devedor) no Cartório do Registro de Imóveis, nos termos do art. 167, I, inciso XXI, da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, a presunção será absoluta.

<sup>203</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Fraude de Execução*, op. cit., p. 39. Entendimento do qual não discrepa YUSSEF SAID CAHALI, para quem haverá fraude de execução “se a alienação ocorreu posteriormente ao ajuizamento da execução, tanto que feita a respectiva distribuição, pois esta é o quanto bastava para o reconhecimento de configuração da fraude de execução” (*Fraudes contra Credores*, op. cit., p. 570-571).

<sup>204</sup> Confira-se, a respeito, as decisões publicadas em RSTJ 12: 385 e 53: 310. No mesmo diapasão: “Sem a litispendência, isto é, sem a citação válida e a insolvência consequente à lide, não se pode falar em alienação em fraude de execução na hipótese de que trata o art. 593, inciso II, do CPC” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 45.519-7/SP, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJU 9.5.1994). Sobre o tema, remeta-se a JOÃO ROBERTO PARIZATTO. *Fraude de Execução. Fraude contra credores*, op. cit., p. 20.



podendo ser reconhecida a qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive *ex officio*, nos autos de qualquer procedimento.

É exemplo de fraude de execução a hipótese do devedor que, depois de citado para uma ação de cobrança (ou monitória), aliena bem que lhe pertence. Nesse caso, poderá a fraude de execução ser conhecida nos próprios autos do procedimento executório movido pelo credor, com o propósito de permitir a penhora do bem alienado fraudulentamente.

Arrematando, vale lembrar, ademais, que a consequência do reconhecimento da fraude de execução é, sempre e sem qualquer controvérsia, a ineficácia do ato em relação ao credor (exequente), permitindo-lhe buscar o bem no patrimônio do terceiro adquirente.

Distingue-se, pois, da fraude pauliana, pois, na fraude de execução, além do prejuízo particular, do credor, há, também, o interesse público presente em decorrência do dano imposto ao andamento regular do processo judicial.<sup>205</sup> Enfim, a fraude contra credores atenta contra o direito do credor, ao passo que a fraude de execução dirige-se contra o processo. Outrossim, enquanto a fraude contra credores exige o aforamento de ação pauliana, submetida ao procedimento comum ordinário, a fraude de execução pode ser reconhecida nos próprios autos do procedimento executório, não exigindo procedimento específico para tanto.

Por isso, o Código Penal, em seu art. 179, tipifica como conduta delitogena específica, submetida à sanção penal de detenção de seis meses a dois anos ou multa (portanto, caracterizando-se como *crime de médio potencial ofensivo*, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95),<sup>206</sup> a *fraude à execução*, não mencionando a fraude contra credores – na qual o interesse é típica e exclusivamente particular.

Também é possível antever a possibilidade de ser reconhecida a prática, pelo devedor-executado que frauda a execução, de *atos atentatórios à dignidade da justiça*, como dispõe o art. 600 do CPC, gerando a aplicação de multa.<sup>207</sup>

Não é despidendo salientar que a *fraude à execução fiscal*, embora se submeta aos princípios gerais do Direito Processual, traz algumas peculiaridades, bem sintetizadas por YUSSEF SAID CAHALI, em dois aspectos: um relativo “ao sujeito ativo do ato fraudulento, pois que, na execução fiscal, a penhora pode incidir sobre bens pertencentes aos sócios”, e o outro relacionado “à inscrição do débito, como sendo o momento a partir do qual o contribuinte sujeita-se a uma relativa redução na capacidade de disposição de seu patrimônio”.<sup>208</sup>

<sup>205</sup> Por isso, BELMIRO PEDRO WELTER professa que na fraude de execução, diferentemente da fraude contra credores, há um ultraje à dignidade da justiça e uma “rebeldia contra a autoridade estatal exercida pelo Poder Judiciário” (*Fraude de Execução*, op. cit., p. 17).

<sup>206</sup> Sobre a Lei dos Juizados Especiais Criminais, seja consentido fazer referência, pela excelente qualidade crítica e didática, à inexcedível obra de GERALDO PRADO. *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

<sup>207</sup> Já reconheceu a nossa jurisprudência: “A venda realizada na pendência da lide, que reduz o devedor ao estado de insolvente, frauda o poder jurisdicional do Estado, criando sua própria ineficácia originária e se constitui em ato atentatório à dignidade da justiça” (TJ/RS, Ac. Unân., 8ª Câmara Cív., Ap. Cív. 590019048, Rel. Des. Clarindo Favretto, j. 21.3.1991, *RJTJRS* 151: 365).

<sup>208</sup> CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*, op. cit., p. 885.

Também no âmbito do direito falencial há peculiaridades em relação à alienação fraudulenta.

Vale destacar, inclusive, que a nova lei de falências (Lei nº 11.101/05) promoveu importantes inovações no âmbito da matéria. Veja-se.

Na linha de entendimento da mera ineficácia da venda fraudulenta, o reconhecimento (judicial) da alienação fraudulenta falimentar, prevista nos arts. 129 e 131 da Lei nº 11.101/05 – Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, produz como consequência a mera *ineficácia objetiva* do negócio.<sup>209</sup> Assim sendo, independentemente de ação e de prazo, é possível reconhecer a ineficácia (objetiva) do negócio celebrado em relação à massa falida, de ofício pelo juiz ou a requerimento do credor-interessado ou do Ministério Público.<sup>210</sup> Não exige (tal como na fraude de execução) a propositura de ação, podendo ser declarada em qualquer sede processual. Os atos praticados em fraude falencial estão contemplados no art. 129 e independem da intenção do alienante, submetendo-se apenas a um elemento objetivo, rezando, expressamente, o texto legal serem “ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção desta fraudar credores”.

Ao lado deles (atos ineficazes objetivamente) se encontram na Lei de Falências os atos que produzem apenas *ineficácia subjetiva*, pois dependem da prova do intuito

<sup>209</sup> Art. 129, Lei de Falências: “São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título; II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato; III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada; IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência; V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência; VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver a oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos; VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior. Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo”.

<sup>210</sup> Acerca da atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) na Lei de Falências, distintamente do diploma legal anterior, importa observar que a legislação atual promoveu uma relevante *racionalização da intervenção ministerial*, somente devendo ser intimado o Promotor de Justiça no processo de falência ou de recuperação judicial de empresa quando houver expressa previsão de lei, como nos casos dos arts. 52, V (após a decisão que determina o processamento do pedido de recuperação judicial de empresa), 99, XIII (após a declaração de quebra do devedor insolvente), 142, § 7º (em seguida à designação de hasta para a venda ordinária dos bens do falido), 154, § 3º (para ter ciência da prestação de contas do administrador judicial), dentre outros. Aliás, como bem percebe FÁBIO ULHOA COELHO, “não se justificavam as inúmeras manifestações reservadas a esse órgão (o Ministério Público) pela lei anterior”. Agora, com a nova sistemática, otimiza-se a atuação do Promotor de Justiça (obstando distorções da feição constitucional do Ministério Público, emprestada pelo art. 127 da Constituição Federal) e imprime-se maior celeridade ao procedimento falencial. Resta, agora, na advertência de FÁBIO ULHOA COELHO, esperar “que o novo perfil que a lei atribui à atuação do Ministério Público nos feitos falimentares seja *prestigiado* pelos seus membros e pelo juiz”. Cf. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial de Empresas*, op. cit., p. 30.

de prejudicar, lesar, os credores ou frustrar os objetivos da falência. Estes dependem da propositura de ação revocatória falencial (art. 130)<sup>211</sup> para serem reconhecidos. A referida ação deve ser proposta no prazo – decadencial – de três anos, contados da decretação de falência, pelo administrador judicial, por qualquer credor ou pelo Ministério Público.

A distinção merece realce: haverá *ineficácia objetiva* pela prática de uma das hipóteses contempladas no art. 129 da Lei Falencial, independentemente da propositura de ação para o seu reconhecimento (que pode se dar através de provimento judicial, inclusive incidentalmente em qualquer demanda) e do *animus* fraudatório (ou seja, ainda que as partes estejam de boa-fé); a outro giro, será caso de *ineficácia subjetiva* a prática de ato em todas as demais hipóteses de atos de alienação (independentemente do momento em que foram celebrados) que importem em prejuízo dos credores, dependendo da prova do conluio fraudatório entre o empresário e o terceiro-adquirente e da propositura de ação revocatória falencial, no prazo de lei, observado alhures.

Exemplificando: é ineficaz objetivamente (portanto, independentemente da intenção fraudulenta do devedor e do terceiro) o pagamento de dívida não vencida, realizado pelo devedor dentro do termo legal da falência, porque prevista no inciso I, do art. 129. Porém, produzirá ineficácia subjetiva (pendendo, pois, da propositura da revocatória falencial, provando-se o elemento anímico, o *consilium fraudis* entre o devedor e o terceiro) o pagamento de dívida não vencida promovido pelo devedor fora do termo legal falencial, por não estar elencada no art. 129, seguindo, assim, a regra do art. 130, todos da Lei de Falências.<sup>212</sup>

Destaque-se, ainda, que se o ato contemplado em lei como de ineficácia objetiva (art. 129) tiver sido previsto e realizado na forma definida no plano de recuperação judicial da empresa, a sua prática não induzirá a declaração de ineficácia, *ex vi* do disposto no art. 131 da multicitada Lei de Falências.

Por derradeiro, completando a gradação fraudatória, encontra-se a *alienação de bem penhorado*, espécie mais grave de alienação fraudulenta, caracterizada pela prática de ato de disposição pelo devedor, retirando de seu patrimônio um bem que já foi objeto de constrição judicial (penhora), estando indisponibilizado para atender a uma execução. Nesse caso, dispensa-se a presença de qualquer elemento (objetivo ou subjetivo), não sendo preciso demonstrar a ocorrência, sequer, de prejuízo do credor. Assim, mesmo que o devedor tenha outros bens em seu patrimônio, a alienação será fraudulenta, se já houve a penhora.

Corretamente, aclamou o Superior Tribunal de Justiça:

<sup>211</sup> Art. 130, Lei de Falências: “São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”.

<sup>212</sup> Suscitando outro exemplo de *ineficácia subjetiva*, FÁBIO ULHOA COELHO se refere à simulação de separação judicial entre o empresário individual e seu cônjuge, realizada com o fito de transferir a propriedade dos bens mais valiosos do casal ao cônjuge não comerciante, fraudando os interesses dos credores. Cf. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, op. cit., p. 354.

“A alienação de bem judicialmente constrito é ineficaz, sendo desnecessário demonstrar a insolvência do executado” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 4.198/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.11.1990, *DJU* 4.2.1991, p. 574).

Lembre-se aqui a regra ínsita no § 4º do art. 659 do Código Instrumental, pela qual “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente (o credor), sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação da certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial”.

Registrada a penhora, então, são produzidos efeitos *erga omnes*, atingindo com presunção absoluta de má-fé o terceiro adquirente, por conta da publicidade conferida à penhora.

A falta de registro da penhora realizada sobre bem imóvel no Cartório competente, no entanto, não impede o reconhecimento da fraude, apenas conferindo o ônus da prova da ciência do escopo fraudulento do adquirente (ou de que deveria ter) ao próprio credor.<sup>213</sup> Ou seja, caberá ao interessado (credor) provar que o adquirente conhecia – ou deveria conhecer – a existência da ação em andamento em desfavor do alienante. Esta sempre foi, inclusive, a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>214</sup> Cimentando esse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375:

Súmula 375, Superior Tribunal de Justiça:

“O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Incorporando essa compreensão, a orientação da jurisprudência superior vem mantendo a coerência e se harmonizando com o que se defende nesse ponto:

“2. A jurisprudência pacífica desta Corte inclina-se no sentido de que presume-se a boa-fé do terceiro adquirente quando não houver registro no órgão competente acerca da restrição de transferência do veículo, devendo ser comprovado pelo credor que a oneração do bem resultou na insolvência do devedor e que havia ciência da existência de ação em curso (Precedentes: REsp. 944.250/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 20.8.2007; AgRg no REsp. 924.327/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 13.8.2007; AgRg no Agr. 852.414/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* de 29.6.2007).

<sup>213</sup> Nesse sentido, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON. “Fraude à execução”, op. cit., p. 139.

<sup>214</sup> “A penhora de bem imóvel, antes de registrada, vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial. Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela à boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 9.789, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 9.6.1992, *DJU* 3.8.1992, RT 691: 190).

3. *In casu*, a anotação no Detran foi efetuada em 16.8.2000 enquanto que a alienação ocorreu em 27.1.1999, ou seja, não há como caracterizar fraude à execução, haja vista que, nos termos do aresto recorrido, não logrou o credor comprovar que a referida alienação resultou no estado de insolvência do devedor e nem tampouco que o adquirente tinha ciência da constrição.”.

(STJ, Ac. Unân., 2ª T., REsp. 675.361/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25.8.2009, DJe 16.9.2009).

A outro giro, convém o registro de que a alienação de bem penhorado é matéria de ordem pública, podendo ser conhecida *ex officio* e a qualquer tempo, também dispensando a propositura de ação pauliana, podendo ser declarada nos autos da execução.

A decisão que reconhece a alienação de bem penhorado apenas declarará a sua ineficácia em relação ao credor-exequente.

Recorde-se que, uma vez realizada a penhora, o devedor que se mantém com o bem se torna o seu depositário, motivo pelo qual a eventual alienação do bem poderá caracterizar a infidelidade do depósito, gerando consequências reparatórias, mas não mais produzindo como efeito jurídico a prisão civil do devedor infiel depositário, como passou a compreender o Supremo Tribunal Federal (RE. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso).

Diante do que se expôs, verifica-se uma verdadeira “escalada de situações, quanto ao nível de gravidade, entre as diversas modalidades de fraude. Da menos grave (fraude pauliana, onde se exige a redução do devedor à insolvência e o elemento subjetivo da fraude), passando pela fraude de execução (onde apenas o elemento objetivo, insolvência do devedor, é exigido), até chegar-se à modalidade mais grave (alienação de bem penhorado, onde nem mesmo a insolvência do devedor é requisito da fraude)”, nas palavras de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA.<sup>215</sup>

Concluindo a análise dos institutos relacionados às alienações fraudulentas, para facilitar a fixação da matéria, vale apresentar o seguinte quadro comparativo:

<sup>215</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 184. Com o mesmo pensar, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Execução Civil*, op. cit., p. 292.

<b>Fraude contra credores</b>	<b>Fraude de execução</b>	<b>Alienação de bem penhorado</b>
Instituto de Direito material contemplado no Código Civil	Instituto processual, regido pelo CPC	Instituto processual, relacionado à Execução e regido pelo CPC
Interesse puramente particular	Interesse do particular e do Estado-Juiz	Interesse público estatal e do particular
Constitui defeito do negócio jurídico, sendo atacável apenas pelo interessado, com sanção civil	Não constitui defeito do negócio jurídico, gerando apenas a sua ineficácia em relação ao credor lesado	Não constitui defeito do negócio, apenas tornando ineficaz o ato de fraude em relação ao credor
Não constitui crime	Constitui crime e ato atentatório à dignidade da Justiça	Constitui crime e admite prisão civil por dívida do alienante
Atos praticados são anuláveis. Segundo a Lei Civil (embora alguns entendam ineficazes)	Atos praticados são ineficazes em relação ao credor lesado	Atos praticados são ineficazes em relação ao credor lesado
Exige ação pauliana para o seu reconhecimento	Dispensa a ação pauliana, podendo ser conhecida de ofício e nos próprios autos da execução	Dispensa ação pauliana, podendo ser conhecida de ofício e nos próprios autos da execução
Exige elemento objetivo (dano) e subjetivo (conluio fraudulento)	Exige apenas o elemento objetivo (dano)	Não exige qualquer elemento, bastando a alienação de bem que sofreu constrição judicial

### 10.11 O negócio jurídico e a proteção do terceiro de boa-fé

Dúvida inexistente quanto à retroatividade dos efeitos da sentença que reconhece a invalidade de um negócio jurídico (nulidade ou anulabilidade). Em linha de coerência, haverá uma projeção retroativa, uma verdadeira reação em cadeia, estendendo a condição de invalidade a todos os títulos e direitos fulcrados no negócio cuja invalidade foi reconhecida.

Vislumbrando esse “efeito cascata”, decorrente da invalidação de um negócio jurídico, surge a natural preocupação com a situação dos terceiros de boa-fé que serão “apanhados” pelos efeitos retro-operantes da decisão.

Pois bem, apesar da opinião tradicional da doutrina brasileira no sentido de que “o ato viciado continua com o defeito para o adquirente: o alienante não lho poderia transmitir sem ele”,<sup>216</sup> é preciso (re)visitar, (re)ler, a questão à luz dos novos princípios

<sup>216</sup> A opinião é de OROSIMBO NONATO, citado por ZENO. *Invalidade do negócio jurídico*, op. cit., p. 295.



oxigenadores do Direito Civil, especialmente à luz da boa-fé objetiva. É que não faz sentido prejudicar o terceiro de boa-fé (diligente, sério e cuidadoso) que, em confiança e com as necessárias cautelas, adquiriu um direito cuja perfeita regularidade era evidente (embora não real). Tal situação importaria verdadeiro caos, em total instabilidade, nas relações sociais, especialmente nos negócios de compra e venda.

Em página magistral, ALBERTO TRABUCCHI analisa a questão, em capítulo bem intitulado *La tutela dell'affidamento* (ou seja, a tutela da confiança), concluindo, a partir dos novos paradigmas norteadores do Direito Civil, que “as exigências da vida impõem uma aplicação mais humana e menos rígida dos dogmas e princípios e, dentro dessa linha, no Direito moderno, aprecia-se o fato de que também criar aparências de realidade contratual ou permitir que estas se criem implica o nascimento de situações que, como consequência imediata, não devem prejudicar os que, no mundo negocial, confiam nessas aparências, dignas de crédito. A proteção da boa-fé baseia-se, especialmente, nessa valoração objetiva das situações, quando o interessado tinha motivos para fiar-se nas aparências”.<sup>217</sup>

Trata-se da aplicação da *teoria da aparência* também em sede de negócios jurídicos, evidenciando ser pertinente elastecer as soluções jurídicas contempladas no Código Civil para outras hipóteses (é o caso do herdeiro aparente, em que se protege o terceiro adquirente de boa-fé, como se extrai do art. 1.828 do Código Civil).

Em última análise, inclusive, a consagração da tutela do direito aparente (pelo adquirente de boa-fé) traz como pano de fundo a própria exigência de um comportamento ético pelos contratantes (boa-fé objetiva).

## 11 O FATO ILÍCITO

### 11.1 Advertência prévia

Lamentavelmente, é do senso comum estabelecer uma (simplória) relação implicacional entre a ilicitude civil e a ilicitude penal, como se os fatos ilícitos, necessariamente, tivessem de caracterizar, concomitantemente, um crime ou uma contravenção penal.

Em uma compreensão mais aprofundada sobre o tema, no entanto, sobreleva esclarecer que a ilicitude civil é categoria autônoma e independente e que, consequentemente, nem todo fato ilícito civil repercutirá no âmbito do Direito Penal.

De igual modo, é preciso desvincular o fato ilícito da responsabilidade civil, desatrelando os institutos. Com efeito, a responsabilidade civil (isto é, o dever de indenizar danos causados a terceiros) é um dos efeitos possíveis decorrentes da ilicitude, mas não é, com toda convicção, a sua causa ou origem. Não há, pois, uma correlação necessária entre a ilicitude civil e a responsabilidade civil: a obrigação de reparar danos *poderá ser* a consequência de determinados fatos ilícitos, mas não será de todos.

<sup>217</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico*, op. cit., p. 296.

Por outro turno, a responsabilidade civil poderá decorrer de fatos rigorosamente lícitos, evidenciando a inexistência de relação implicacional. Bastaria lembrar as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas na legislação, nas quais o dever de reparar prejuízos poderá defluir de condutas lícitas, como no âmbito do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor. Outrossim, podemos lembrar da hipótese mencionada nos arts. 929 e 930 da Codificação Reale, reconhecendo o dever de reparar danos causados a terceiros em estado de necessidade. Exemplificando: se um motorista, para se livrar de alguém que dirige em contramão de direção, descamba para o acostamento e derruba um muro ou cerca pertencente a terceiro, haverá o dever de reparar o dano, com direito regressivo em relação ao causador do perigo, apesar de a conduta ser reconhecida como lícita, nos termos do art. 188, II, do próprio Código.<sup>218</sup> Prosseguindo na exemplificação, o art. 1.285 da Lei Civil estabelece o dever de reparar os danos causados ao dono de um prédio pelo vizinho que exerce o seu direito de *passagem forçada*, obtendo acesso à via pública.<sup>219</sup>

Nessa ordem de ideias, infere-se, com tranquilidade, a distinção entre os conceitos de ilicitude e de responsabilidade civil e, sobretudo, a autonomia conceitual dos contornos do fato ilícito. É que, “ainda que a maioria dos ilícitos civis importe em dever de indenizar, isso, decerto, não pode servir como escusa para que se lance as demais espécies (de fatos ilícitos) para debaixo do tapete”, como leciona FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO.<sup>220</sup> Enfim, é impertinente correlacionar a ilicitude e a responsabilidade civil, de maneira a encapsular um conceito no outro.<sup>221</sup> Dúvida inexiste de que é possível um fato ilícito sem gerar o dever de indenizar e, por igual, também se detecta responsabilidade civil decorrente de condutas lícitas.

O fato ilícito nada mais é do que o fato antijurídico, isto é, aquele acontecimento cujos potenciais efeitos jurídicos são contrários ao ordenamento jurídico.

É o motorista que dirige acima da velocidade permitida, abalroando um automóvel de terceiro, ou o pai que aplica a um filho um castigo imoderado (atentando, assim, contra o art. 1.634 do Código Civil). Em ambos os casos, haverá um fato ilícito.

Fixada essa premissa, não se pode olvidar, ademais, que os contornos dogmáticos da ilicitude são, sem dúvida, dos mais genéricos de toda a ciência jurídica, em virtude de se espalhar por todos os ramos do Direito, convivendo harmonicamente o ilícito civil, o ilícito penal, o ilícito administrativo, o ilícito processual, o ilícito eleitoral etc.

<sup>218</sup> A jurisprudência já teve oportunidade de reconhecer a tese em caso bastante semelhante: “A empresa cujo preposto, buscando evitar atropelamento, procede a manobra evasiva que culmina no abalroamento de outro veículo, causando danos, responde civilmente pela reparação, ainda que não se configure na espécie, a ilicitude do ato, praticado em estado de necessidade” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 124.527/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., RSTJ 143: 362).

<sup>219</sup> CC, art. 1.285: “O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário”.

<sup>220</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, op. cit., p. 14.

<sup>221</sup> Em sentido inverso, ao nosso visio equivocadamente, MARIA HELENA DINIZ conceitua o fato ilícito como aquele “praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual”, com prejuízo a outrem, e “criando o dever de reparar tal prejuízo (art. 927), seja ele moral ou patrimonial” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 456).

## 11.2 Noções conceituais

O Código Civil de 2002, no seu art. 186, apresentou uma concepção subjetiva de ilicitude, como se pode notar:

Art. 186, Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Com isso, não é difícil definir o fato ilícito como a violação de uma obrigação jurídica preexistente imposta ao agente. Enfim, é a transgressão a um dever jurídico, imposto a alguém.

De modo simplificado, percebe-se que a ilicitude nasce, fundamentalmente, de uma *contrariedade ao direito*, por se configurar em situações nas quais é detectada uma violação da ordem jurídica. Esse é o seu dado objetivo. Complementando a noção fundamental de ilicitude, detecta-se, ainda, a presença de um outro elemento, agora de índole subjetiva: a *imputabilidade do agente*, que diz respeito à capacidade de compreensão do caráter ilícito da conduta que se pratica. É a chamada culpa *lato sensu*.

A partir dessas breves referências, já será razoável compreender o fato ilícito como “todo fato, conduta ou evento, contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (= de praticar ato ilícito)”, nas palavras de MARCOS BERNARDES DE MELLO.<sup>222</sup>

Como se nota, a ilicitude civil se refere a toda e qualquer conduta (comissiva ou omissiva), culposa, praticada por pessoa imputável que, violando um dever jurídico (imposto pelo ordenamento jurídico ou por uma relação negocial), cause prejuízo a outrem, implicando em efeitos jurídicos. Por isso, bem percebe SÉRGIO CAVALIERI FILHO que o ato ilícito é “o ato voluntário e consciente do ser humano, que transgredir um dever jurídico”.<sup>223</sup>

Acrescente-se que o ilícito civil pode decorrer da transgressão de um dever jurídico originado de duas diferentes fontes: (i) pode resultar de um dever proveniente diretamente do sistema jurídico, seja de normas-regras ou de normas-princípios; (ii) pode, ainda, resultar de um dever emanado da própria vontade individual manifestada em negócio jurídico. Fixando: embora produza, fundamentalmente, os mesmos efeitos, o ilícito civil extracontratual deflui da violação a um dever jurídico imposto pela lei, enquanto o ilícito civil contratual decorre da afronta a uma obrigação estipulada em sede negocial (contratual). Por isso, no ilícito contratual a culpa do agente é presumida, enquanto no ilícito aquiliano tem de ser provada pela vítima.

Em qualquer hipótese, para o reconhecimento do fato ilícito é imprescindível comprovar a presença de alguns elementos essenciais, que podem ser sintetizados: (i) a *conduta do agente* (comissiva ou omissiva) *contrária ao ordenamento jurídico*; (ii) a *culpa* (*lato sensu*, abarcando, a um só tempo, o dolo, e a culpa *strito sensu*, caracterizada pela

<sup>222</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, op. cit., p. 206.

<sup>223</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 22.

imprudência, negligência e imperícia); (iii) o dano causado a terceiro (de ordem patrimonial ou não patrimonial);<sup>224</sup> (iv) o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o prejuízo imposto ao ofendido.

Observe-se, porque necessário, que a culpa (como evidencia o art. 186 do Código de 2002) é elemento do ato ilícito genericamente tratado, explicitando uma concepção subjetiva de ilicitude. Trata-se de um erro de conduta, intencional ou não, afrontando a norma jurídica, seja uma regra ou um princípio. Pouco interessa, a propósito, o grau dessa culpa, se grave, leve ou levíssima.

### 11.3 Efeitos jurídicos decorrentes da ilicitude

Dúvida inexistente de que o fato ilícito produz consequências, efeitos, no âmbito jurídico.

De saída, sobreleva evidenciar a existência de uma gama infinita de efeitos jurídicos potenciais decorrentes da ilicitude. Se o fato ilícito é um acontecimento contrário ao ordenamento jurídico, certamente, o próprio sistema jurídico poderá reconhecer diferentes consequências à prática desse comportamento desconforme a ordem jurídica.

Bem por isso, é necessário perceber a multiplicidade de espécies de fatos ilícitos a partir de sua eficácia, embora esse critério não seja único.

Trilhando essas pegadas, vale relembrar a premissa fundamental: nem todo fato ilícito gera a responsabilização civil do agente, com o dever de reparar o dano causado, seja *in natura* ou através de indenização pecuniária. Não se chegue, pois, à falsa conclusão de que a responsabilidade civil somente surge do fato ilícito e de que toda ilicitude implicará em responsabilidade civil. Lembre-se que é possível a responsabilização civil do agente até mesmo em decorrência de condutas lícitas, nas hipóteses, por exemplo, de responsabilidade objetiva, nas quais não se discute a licitude da conduta, mas apenas o resultado lesivo – objetivamente considerado.

Há de se reconhecer, então, uma pluralidade de consequências para o fato jurídico, amplamente considerado. Dele podem advir efeitos *indenizantes*, *caducificantes*, *invalidantes* ou *autorizantes*, dentre outros.

Em primeiro plano, o mais comum de todos os efeitos da ilicitude, seguramente, é a obrigação de reparar o dano causado a outrem. Isto é, a classificação mais comum da ilicitude é *indenizante*. Bastaria imaginar a veiculação de uma notícia falsa, atentatória à honra e à dignidade de alguém, através de veículo de imprensa. Na hipótese, o efeito decorrente da prática do ato ilícito será o dever de reparar o dano moral causado.

Por outro turno, se um dos genitores, no exercício do poder familiar, aplicar ao filho um castigo imoderado, consistente em retirá-lo do ensino fundamental, praticará um ato ilícito, cujo efeito será a possibilidade de destituição ou suspensão do poder

<sup>224</sup> A Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça estabelece, dando aplicação prática à previsão constitucional, que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

familiar do pai. Equivale a dizer, haverá um efeito *caducificante* decorrente do ilícito, sem existir, contudo, qualquer dever de reparar o dano.

Seguindo a trilha, vale lembrar, ademais, que será ilícito o contrato tendente ao transporte de substância entorpecente. Considerando que, no caso, o transportador tenha cumprido a sua obrigação, não será possível a execução do contrato porque o seu objeto é ilícito, gerando a *invalidade absoluta do negócio jurídico*, como reza o art. 166 do Código Civil. Aqui, tem-se um *ilícito invalidante*, sem qualquer efeito indenizatório.

Noutra dimensão, em um contrato de doação, se o donatário (o beneficiário) se comportar de forma ingrata, ignóbil, contra o doador, será possível a *revogação da doação por ingratidão*, como sinaliza o art. 557 da Lei Civil. Nesse caso, a prática da ilicitude (a ingratidão do donatário)<sup>225</sup> *autoriza* o doador a revogar a doação, evidenciando um efeito bastante distinto da indenização. Como pontua FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO, “no ilícito autorizante, o ordenamento relaciona ao ilícito uma autorização que, sem o ilícito, não existiria”.<sup>226</sup>

Essa breve lista dos efeitos da ilicitude não é exaustiva. Decerto, o fato ilícito pode implicar em inúmeros e incontáveis efeitos, que decorrem da própria norma jurídica. A título ilustrativo, vale o registro da possibilidade de efeitos sancionatórios para um fato ilícito.

A mais importante conclusão a que se pode chegar, nesse momento, seguramente, é a desvinculação da ilicitude e da responsabilidade civil, afastando a falsa ideia de que todo fato ilícito importa em dever de indenizar o dano causado. Por certo, o espectro de incidência da ilicitude é mais amplo e aberto, não se satisfazendo com soluções apriorísticas, que implicariam em menoscabo de sua própria conceituação.

Enfim, *o sistema jurídico apresenta infinitos efeitos para a ilicitude, impondo ao intérprete e aplicador da norma atentar para a riqueza conceitual e eficaz dos fatos ilícitos.*

#### 11.4 Tutela preventiva e tutela reparatória da ilicitude

Considerada a vasta amplitude conceitual dos fatos ilícitos e, por igual, afirmada a independência e autonomia conceitual entre a ilicitude e a responsabilidade civil, é imperioso asseverar a existência de diferentes formas de proteção jurídica.

Diferentemente do sistema anterior (que estava assentado em visão patrimonialista e, por conseguinte, reparatória), o Código Civil de 2002 alinhou-se à técnica avançada do Código de Defesa do Consumidor (art. 84) e do Código de Processo Civil (art. 461),

<sup>225</sup> Vem se entendendo, doutrinária e jurisprudencialmente, que o rol das hipóteses de ingratidão, previstas no art. 557 do Código Civil, é meramente exemplificativo, admitidas outras hipóteses não expressamente contempladas, mas ajustáveis à *ratio essendi* de cada um dos tipos legais ali mencionados. É uma *tipicidade finalística*, admitidas outras situações compatíveis. Até porque as hipóteses de ingratidão de um ser humano são infinitas... Nessa esteira, cimentou o Enunciado 33 da Jornada de Direito Civil: “O Código Civil estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal previsto no art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo, excepcionalmente, outras hipóteses”.

<sup>226</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, op. cit., p. 106.

abraçando a possibilidade de tutela jurisdicional não apenas *reparatória*, mas, igualmente, *preventiva*. É a ruptura definitiva do binômio *lesão-sanção*.

Na dinâmica da sociedade contemporânea, não mais é possível aguardar, em berço esplêndido, a frustração ou violação de um direito, para, somente depois, pleitear uma providência jurisdicional. Na pós-modernidade, urge a obtenção de respostas efetivas e concretas, práticas e céleres, contra a ilicitude.

Com isso (e lembrando que a existência de um dano – moral ou material – é um dos elementos da ilicitude), facilmente decorre a conclusão de que o sistema jurídico almeja a eliminação ou diminuição da ilicitude, sem prejuízo de reparar o dano já causado a alguém.

Equivale a dizer: se o dano, decorrente de uma ilicitude, ainda não ocorreu, o sistema quer obstar a sua efetivação; se ele já se efetivou, pretende-se impedir que ele se mantenha ou que se alastre, diminuindo a sua incidência (e, via de consequência, o prejuízo da vítima).

Sob o prisma processual, é a chamada *tutela específica*, que permite ao juiz adotar quaisquer providências para a obtenção do resultado prático equivalente, qual seja, eliminar o ilícito ou o dano dele decorrente. Para tanto, na forma do § 5º do art. 461 do Código Instrumental, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do interessado, adotar toda e qualquer medida. Pode o juiz determinar a busca e apreensão de bens, retirada de objetos, a restrição de direitos, o mandado de distanciamento (como no exemplo do namorado, marido ou companheiro que, ilicitamente, invade a privacidade da outra parte) etc. O certo é que a parte interessada não está obrigada a esperar a efetivação ou a ampliação do seu prejuízo decorrente da ilicitude para buscar a proteção jurisdicional. Poderá, também, o juiz fixar multa diária (apelidada de *astreintes*) para atuar inibitatoriamente, exortando o devedor ao cumprimento da sua obrigação.<sup>227</sup>

É o exemplo da ilicitude decorrente da negativa indevida do Poder Público de fornecimento de medicamento imprescindível à saúde do particular. Caso a medida jurisdicional não seja concedida preventivamente, perecerá, por certo, o direito tutelado, em decorrência do ilícito, e restará esvaziada a tutela reparatória. Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seu entendimento nesse sentido: “A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado *possível a concessão de tutela específica* para determinar o bloqueio de valores em contas públicas *a fim de garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde*” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., REsp. 868.038/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27.5.2008, DJU 12.6.2008).

<sup>227</sup> A orientação jurisprudencial é pacífica: “Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, chamadas na lei de ‘medidas necessárias’, que têm como escopo o de viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas. As medidas previstas no § 5º do art. 461 do CPC foram antecedidas da expressão *tais como*, o que denota o caráter não exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto. Em casos como o dos autos, em que a efetivação da tutela concedida está relacionada à preservação da saúde do indivíduo, a ponderação das normas constitucionais deve privilegiar a proteção do bem maior que é a vida” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., REsp. 1062564/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 16.9.2008, DJU 23.10.2008).



## 11.5 Excludentes de ilicitude

Tal qual o sistema penal, o Direito Civil reconhece situações nas quais a ilicitude resta afastada. São hipóteses *excludentes de antijuridicidade*, acobertando o fato com o manto da licitude.

Com esse propósito, esclarece a Codificação:

Art. 188, Código Civil:

“Não constituem atos ilícitos:

- I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
- II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”.

A partir da clareza solar do dispositivo legal, enxerga-se que o sistema (com visível inspiração na sistemática do Código Penal)<sup>228</sup> afasta a antijuridicidade das condutas praticadas em (i) *legítima defesa própria*; (ii) *exercício regular de um direito*; e (iii) *estado de necessidade*.

De fato, quem pratica um ato em legítima defesa não adentra à zona da ilicitude porque está preservando a sua própria pessoa ou patrimônio contra um ataque injusto de terceiro. Exatamente por isso, “se o exercício da legítima defesa acarreta dano a terceiro, ao agente cumpre indenizá-lo, sem prejuízo de ação regressiva contra o agressor”, consoante a advertência de JAMES EDUARDO OLIVEIRA.<sup>229</sup>

No que tange à *legítima defesa*, convém o registro de que devem estar presentes os mesmos elementos exigidos para a sua caracterização em sede penal. Por isso, a repulsa deve ser a uma ofensa *atual ou iminente*, bem como *proporcional à injusta agressão*, com o uso *moderado* dos meios à disposição do agente.

Vale pontuar, ademais, que o Direito Civil, reversamente ao sistema penal, não admite a legítima defesa putativa ou de terceiro, somente reconhecendo, como causa de afastamento da ilicitude, a legítima defesa própria.<sup>230</sup>

Em idêntica projeção, o ato praticado em *exercício regular de um direito* está inserido no campo da licitude.<sup>231</sup> Contudo, vale pontuar que o exercício irregular ou excessivo de um direito caracteriza *abuso do direito* – que é modalidade de ato ilícito. Os referenciais para descobrir se o exercício de um direito é, ou não, abusivo são os limites

<sup>228</sup> Art. 23, CP: “Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito”.

<sup>229</sup> OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil Anotado e Comentado*, op. cit., p. 173.

<sup>230</sup> A jurisprudência já se posicionou nesse sentido: “A legítima defesa putativa supõe a negligência na apreciação dos fatos e, por isso, não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorreram” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 513.891/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 16.4.2007, p. 181).

<sup>231</sup> Um bom exemplo de exercício legítimo e regular de um direito é a propositura de ação penal, através do oferecimento de denúncia, pelo representante do Ministério Público, com base em investigação policial, mesmo quando absolvido o réu da imputação criminal, com o reconhecimento da improcedência do pedido. Nesse sentido: STJ, Ac. Corte Especial, AgRgRepresentação 221/MT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 10.6.2002, p. 125.

impostos, naturalmente, pela boa-fé objetiva, pelos bons costumes e pela função social e econômica.

O estado de necessidade, por sua vez, consiste na agressão de um bem jurídico pertencente a outrem para eliminar um perigo atual ou iminente causado injustamente ao agente. São, portanto, elementos do estado de necessidade: (i) perigo atual ou iminente; (ii) causado por outrem; (iii) inevitabilidade de conduta diversa; (iv) preservação de um direito próprio, existencial ou patrimonial; (v) inexistência de dever jurídico de enfrentar o perigo. Exemplificando, pratica ato lícito, por conta do estado de necessidade, aquele que, dirigindo o seu automóvel regularmente, destrói um muro ou cerca no acostamento para evitar colisão com outro veículo que vinha, indevidamente, em contramão de direção. Cumpre sublinhar que o ato praticado em estado de necessidade, apesar de encartado na moldura da licitude, poderá gerar consequências indenizantes. Efetivamente, a partir da leitura do comando dos arts. 929 e 930 da Codificação, conclui-se que: *Se o fato praticado em estado de necessidade implicar em sacrifício de um bem jurídico pertencente a um terceiro, apesar do seu caráter lícito, haverá o dever de reparar o dano causado (responsabilização civil do agente), com direito de regresso em relação ao causador do perigo; porém, se o estado de necessidade gerar o sacrifício de um bem jurídico pertencente ao próprio causador do perigo, o fato será lícito, sem o dever de reparar o dano causado.*<sup>232</sup>

## 12 O ABUSO DO DIREITO

### 12.1 Noções introdutórias e referências históricas

A teoria do abuso do direito somente despontou no final do século XIX, como superação de concepções individualistas, que entendiam o direito subjetivo como poder da vontade e da expressão maior da liberdade individual, e, assim, ilimitado. Concedida a liberdade e a autodeterminação ao ser humano racional, deveria ele, eventualmente, arcar com a responsabilidade pelas condutas ofensivas ao ordenamento jurídico e, portanto, ilícitas. A introdução do abuso do direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido.

Construída pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do século XX, a teoria do *abuso de direito* deita nítidas raízes no Direito medieval, identificado nos atos emulativos (*aemulatio*), denominação emprestada àqueles atos praticados pelos proprietários ou vizinhos com o objetivo de prejudicar a terceiros. Através das normas da *aemulatio* foi relativizado o direito subjetivo de propriedade (até então compreendido em caráter absoluto), buscando-se verdadeira função social.

O *leading case*, em matéria de abuso do direito, data de 1912. É o caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, no qual foi acolhida, expressamente, a teoria

<sup>232</sup> A situação mereceu a idêntica conclusão do Superior Tribunal de Justiça: “O motorista que age em estado de necessidade e causa dano em terceiro que não provocou o perigo, deve a este indenizar, com direito regressivo contra o que criou o perigo” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 209.062/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJU 5.8.2002, p. 345).

do abuso de direito. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam. Julgando a causa, o Tribunal reputou abusiva a conduta do titular do domínio, vislumbrando exercício anormal do seu direito de propriedade.<sup>233</sup>

A teoria do abuso do direito resulta, portanto, “de uma concepção *relativista dos direitos*”, como percebe ORLANDO GOMES, acrescentando tratar-se de um “*conceito amortecedor*”, cuja “função precípua é aliviar os choques frequentes entre a lei e a realidade”, tendo como verdadeiro pano de fundo servir como “técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social”.<sup>234</sup>

Colocando de lado as discussões travadas por diferentes teorias que tentam justificar ou negar o ato abusivo (e identificá-lo ou distingui-lo do ato ilícito), há de se partir da concepção – fruto da evolução doutrinária – do abuso de direito (ou ato emulativo civil, como também é chamado) como “*aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza*”, nas palavras certeiras de HELOÍSA CARPENA.<sup>235</sup>

Após a superação das variadas formulações negativistas e afirmativas, a doutrina moderna procurou justificar o abuso do direito na esfera do próprio direito subjetivo.

Sobressai, no ponto, o trabalho de JOSSERAND. Aduz o jurista que o verdadeiro critério do abuso do direito é retirado do desvio do direito de seu espírito, isto é, de sua finalidade ou função social, segundo um conteúdo valorativo. Todos os direitos subjetivos devem permanecer no plano da função a que correspondem, sob pena de abuso do direito. A concretização do critério se daria pela aferição do motivo legítimo do ato, confrontando a sua motivação individual com a missão do direito exercido.<sup>236</sup>

O grande contributo de sua concepção foi assinalar as bases estruturais do abuso do direito, quais sejam: (i) a titularidade de um direito subjetivo; (ii) a sua utilização nos limites objetivos que lhe são traçados em lei, com respeito à letra da norma; (iii) a confrontação do elemento pessoal (subjetivo) com a função do fim do direito em causa (elemento social ou objetivo). A grande dificuldade reside na detecção de qual elemento jurídico poderia servir como parâmetro de avaliação dos motivos ilegítimos da atuação do titular do direito.

No momento atual, direciona-se a investigação do abuso do direito para o campo interno e estrutural do direito subjetivo, identificando a sua essência no confronto entre

<sup>233</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 133.

<sup>234</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 131.

<sup>235</sup> CARPENA, Heloísa. “Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”, op. cit., p. 370.

<sup>236</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do direito*, op. cit., p. 412.

o exercício formal do direito e o seu fundamento valorativo. Ou seja, aparentemente o comportamento do sujeito atende ao direito, mas no ato concreto de seu exercício surge violação de ordem material, posto descumprido o sentido axiológico da norma. A finalidade social do direito penetra em sua própria estrutura, a ponto de justificar o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em dada situação, pois várias soluções se mostram em princípio razoáveis, existe normalmente em uma comunidade, em determinado tempo, um amplo acordo sobre o que se tem como desarrazoado e, assim, inaceitável ou intolerável. Essa aplicação não decorre da não conformidade a regras, porém de uma apreciação do fim almejado, ao qual a ação injusta ou abusiva é manifestamente oposta.<sup>237</sup>

Avulta, aqui, a precisa lição de CUNHA DE SÁ:

“Não basta, pois, que a estrutura do comportamento material do sujeito seja, formalmente, a estrutura do que é juridicamente possível ou admissível em termos de certo direito subjectivo; há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjectivo em causa, exactamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa”.<sup>238</sup>

Essa definição remete a um critério objetivo de aferição do abuso do direito. Aqui, aderimos ao posicionamento de PEDRO BATISTA MARTINS, no sentido de não ser aconselhável investigar a intenção e a vontade do agente para qualificar o ato abusivo, sob pena de retorno à noção psicológica de dolo e culpa que caracterizava a remota teoria dos atos emulativos. Em sentido contrário, o método objetivo é mais adequado, pois faz decorrer a intenção do próprio ato danoso, isto é, de elementos materiais suscetíveis de demonstração imediata.<sup>239</sup>

Assim, é possível inferir, desde logo, que a caracterização do ato abusivo atrela-se, estreitamente, ao estabelecimento de limites para o exercício dos direitos subjetivos, sujeitando aquele que ultrapassá-los a correspondentes sanções civis, por ingressar no plano da antijuridicidade.

O Código de 1916<sup>240</sup> não dedicou atenção ao abuso de direito, restringindo-se a uma tímida menção, no seu art. 160, I, à proibição de atos irregulares.

Em sede consumerista, o Código de Defesa do Consumidor já cuidava do abuso de direito em diversas oportunidades, como nos arts. 6º, IV, 28, 37, 39, 51, 60 e 67. Nessa senda, o art. 51 da Lei Protetiva fulmina de nulidade as *cláusulas abusivas*, que são aquelas disposições opressivas, desfavoráveis à parte mais fraca (vulnerável) da relação

<sup>237</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, op. cit., p. 682.

<sup>238</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do direito*, op. cit., p. 456.

<sup>239</sup> MARTINS, Pedro Batista. *O abuso do direito e o ato ilícito*, op. cit., p. 124.

<sup>240</sup> Diversamente, os Códigos francês, alemão, italiano e português fazem expressa referência ao instituto, chegando mesmo o art. 2º do Código Civil da Suíça a disparar que “todos devem exercer direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. O abuso de direito não é protegido pela lei”.

de consumo. Sem dúvida, essa repressão explícita das cláusulas abusivas, cominando nulidade (que pode ser reconhecida de ofício pelo juiz), tende ao controle do poder econômico, evitando uma desarmonia contratual, através da flexibilização da liberdade de contratar. Exemplos diversos de cláusulas abusivas (consistindo no estabelecimento de condições contratuais excedendo a boa-fé e a função social do contrato) são encontrados facilmente em nosso cotidiano: as “taxas de serviço” cobradas por hotéis sem qualquer razão de existir, uma vez que a hospedagem já é o objeto da contratação;<sup>241</sup> as cláusulas de não indenizar (cláusulas de isenção de responsabilidade civil) por furtos ou danos causados a veículos em estacionamentos de *shoppings*,<sup>242</sup> restaurantes ou supermercados; a cláusula que permite ao curso cobrar as mensalidades, independentemente da desistência do aluno,<sup>243</sup> dentre outras.

## **12.2 O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva**

Historicamente, ausente uma previsão normativa específica em sede civil, se encarregou a jurisprudência da tarefa de emprestar contornos e aplicação ao instituto do abuso do direito,<sup>244</sup> embora, como não poderia ser diferente, sem uniformidade de entendimento.

O Código Civil de 2002, inovando em relação ao texto do seu antecessor, consagrou, expressamente, a teoria do abuso de direito, em seu art. 187, com nítida inspiração no direito português (art. 334 do Código luso):

Art.187, Código Civil:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

Indaga-se, todavia, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercício admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se situa

<sup>241</sup> Com esse raciocínio, consulte-se JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*, op. cit., p. 166.

<sup>242</sup> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais por danos causados em seus estacionamentos, chegando a editar a Súmula 130: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

<sup>243</sup> “Contrato. Prestação de serviços. Curso de informática. Desistência após o primeiro mês de aulas. Circunstância que torna inexigíveis as parcelas subsequentes sem a efetiva contraprestação do serviço. Inadmissibilidade, ademais, da multa sancionatória em face da ausência de demonstração de culpa da ré. Ação de cobrança improcedente” (1ª TACív.SP, Ac. 8ª Câm. de Férias, Ap. Cív. 924296-6, Rel. Juiz Maurício Ferreira Leite, j. 5.7.2000, RT 785: 261).

<sup>244</sup> O Supremo Tribunal Federal chegou a editar a Súmula 409 consagrando que “ao retomante, que tenha mais de um prédio alugado, cabe optar entre eles, salvo abuso de direito”.

justamente nos termos do art. 187 do Código Civil. O essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos.

Sob o ponto de vista do direito obrigacional, o mencionado artigo é a cláusula geral mais rica do *Codex*. Reúne em um único dispositivo os três princípios éticos que presidem o sistema. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos em vista.<sup>245</sup> Lembre-se que a boa-fé é o parâmetro de correção e honestidade nas relações obrigacionais. No imaginário coletivo, a boa-fé e os bons costumes não seriam conceitos distintos, pois ambos emanam de um anseio ético, convergindo em uma mesma linha moral. Se é verdade que ambos tangenciam a linha da moral e se direcionam à satisfação de anseios gerais, MENEZES CORDEIRO explica que os bons costumes surgem como algo exterior, exprimindo a moral social, a ponto de expressar regras impeditivas de comportamentos que não recebem consagração expressa por determinada coletividade, a certo tempo. Já a boa-fé é algo interior ao ordenamento jurídico. Com base em comportamentos típicos, ela será sistematizada mediante a criação de esquemas normativos de atuação.<sup>246</sup> Ademais, explica KARL LARENZ<sup>247</sup> que a cláusula de bons costumes se aplica indiscriminadamente, enquanto a boa-fé pressupõe um vínculo já existente de confiança entre quem invoca esse princípio e quem deve comportar-se com submissão perante ele. Por isso, nem toda infração à boa-fé significa ofensa aos bons costumes, enquanto qualquer conduta imoral, quando particularizada em relações especiais, atinge gravemente o princípio da boa-fé. A nosso visto, enquanto uma prescreve, a outra proscree. A boa-fé é afirmativa, pois elabora modelos de comportamento a assumir; já os bons costumes se limitam a suprimir efeitos da atividade negocial nociva. Demais de tudo isso, ao descrever como abusivo o exercício do direito que excede manifestamente a sua função social e econômica, o legislador adverte que, sendo a ordem econômica constitucional submetida aos princípios da justiça e solidariedade (CF, art. 170), será possível uma intervenção no âmbito da liberdade contratual se a forma pela qual o contratante atuar for lesiva ao bem comum. O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico, caracterizando o abuso do direito.

O verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.<sup>248</sup> Por isso, conforme a lição de TERESA NEGREIROS,<sup>249</sup> boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nessa medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Sendo o uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte, é forçoso reconhecer que a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pela análise da boa-fé objetiva.

<sup>245</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. "Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos", op. cit., p. 23.

<sup>246</sup> CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*, op. cit., p. 1213.

<sup>247</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 145.

<sup>248</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, p. 175.

<sup>249</sup> NEGREIROS, Teresa, cf. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 141.



O objetivo da construção jurisprudencial do princípio da boa-fé é justamente dotá-lo de sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não sobeje apenas como referência ética e metajurídica sem qualquer concretização no plano operacional. Essa edificação do princípio por intermédio de uma constante atuação dos tribunais não poderá ser elaborada no que tange aos conceitos de bons costumes e de função social ou econômica dos direitos, em face das razões já apontadas.

Não se pretende, porém, de forma alguma, afirmar que a boa-fé objetiva absorve o abuso do direito. Como sugere COUTINHO DE ABREU, é preferível distinguir as duas figuras e autonomizar os princípios da boa-fé e do abuso do direito.<sup>250</sup> O que nos parece evidente é que, a par da necessária individualização de cada instituto – que, aliás, é o evidente intuito do Código Civil Brasileiro –, há uma área que é comum a ambos.

Para a caracterização do ato abusivo, tem-se que a pedra de toque, o elemento distintivo, é o “motivo legítimo”, que deve ser extraído “das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante”, na preleção de HELOÍSA CARPENA.<sup>251</sup> Nessa linha de ideias, consoante entendimento que já é patrocinado pela melhor jurisprudência, há de se relacionar o abuso de direito ao princípio da boa-fé objetiva, utilizando-o como parâmetro para definir limites do ato antijurídico. Exemplos importantes extraídos de nossas Cortes podem ser trazidos à liça:

“Conta-corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos” (STJ, Ac. Unân., 4ª T, REsp. 25.052-3/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.10.2000, DJU 18.12.2000, p. 203).

“Constitui-se em verdadeiro abuso de direito a negativação de nome do mutuário nos cadastros restritivos de crédito, enquanto a matéria estiver *sub judice*. Decisão impeditiva do abuso que homenageia os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal” (TJ/RJ, Ac. 4ª Câmara, Agr. Instr. 2001.002.16595, Rel. Des. Mário dos Santos Paulo, j. 5.3.2002).

Com mais minúcias: não se pode deixar de reconhecer uma íntima ligação entre a teoria do abuso de direito e a boa-fé objetiva – princípio vetor dos negócios jurídicos no Brasil (CC, arts. 113 e 422) – porque uma das funções da boa-fé objetiva é, exatamente,

<sup>250</sup> ABREU, Jorge Manoel Coutinho de. “Do abuso do direito”, op. cit., p. 60.

<sup>251</sup> CARPENA, Heloísa. “Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”, op. cit., p. 382.

limitar o exercício de direitos subjetivos (e de quaisquer manifestações jurídicas) contratualmente estabelecidos em favor das partes, obstando um desequilíbrio negocial. Por isso, o eventual exercício de um direito contemplado em contrato, excedendo os limites éticos do negócio, poderá configurar abuso de direito. É possível invocar como exemplo decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a abusividade de uma cláusula contratual que autorizava o banco a descontar diretamente na conta-corrente do cliente o valor do empréstimo bancário, “uma vez que os vencimentos do servidor têm natureza alimentar, não se podendo permitir ao banco continuar a efetivar os descontos” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 550871/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1.7.2004).

Sem dúvida, “com a inclusão da coibição do abuso de direito na categoria dos atos ilícitos, aquele que, ao exercer direito seu, excede os limites aceitáveis, avaliados segundo o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes,<sup>252</sup> ocasionando prejuízo a outrem, comete ato ilícito e deve reparar”, como ressaltam INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE.<sup>253</sup>

Trata-se, pois, de aplicação da teoria da ilicitude, também, aos atos abusivos, isto é, ao exercício irregular, excessivo, de situações jurídicas, independentemente da culpabilidade do seu titular.

### 12.3 Reconhecimento e efeitos do abuso de direito

Demais de tudo isso, tratando-se de cláusula geral e matéria de ordem pública, o ato abusivo poderá ser suscitado como matéria de defesa (sendo desnecessária a propositura de ação) pela parte interessada, pelo Ministério Público ou mesmo conhecido *ex officio*, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Reconhecido o ato abusivo (judicialmente, afinal somente cabe ao magistrado detectar, caso a caso, se houve transgressão ao exercício de um direito), a sanção ao ofensor será aquela que possa de maneira razoável atender às peculiaridades do caso. Como as consequências não são rígidas, em alguns casos defluirá o dever de indenizar, em outros, poderá o magistrado determinar a revisão de cláusulas abusivas. Por fim, em outras hipóteses o desfecho suficiente será a decretação da nulidade do ato, em conformidade com o art. 166, VI, do Código Civil, quando se refere à fraude de lei imperativa.

Mais ainda, como bem observa o notável ORLANDO GOMES, outras sanções são possíveis, asseverando que “não havendo determinação legal de sanções específicas, a

<sup>252</sup> Interessante exemplo de violação dos bons costumes (expressão de conteúdo aberto e de difícil delimitação, reclamando uma compreensão adequada aos valores sociais de cada lugar e tempo) pode ser trazido a lume com a vedação da chamada “farra do boi”: “Costume. Manifestação cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’” (STF, Ac. 2ª T., RE 153.531/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.1997, DJU 13.3.1998). Também mencionando o aresto: FLÁVIO TARTUCE. “Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil”, op. cit., p. 93.

<sup>253</sup> CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 203.

escolha da mais eficaz há de ficar ao prudente arbítrio do juiz”,<sup>254</sup> ilustrando com o abuso praticado no exercício do poder familiar, consistente, *e. g.*, na proibição do direito de visitas aos avós, que pode ser sancionado com a sua destituição.

## 12.4 O abuso de direito e o Código Civil (art. 187)

Destrinchando as latitudes do abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro, é importantíssimo apresentar algumas notas críticas ao pré-falado dispositivo codificado (CC, art. 187), conquanto tenha sido louvável a sua inserção em nosso direito positivo.

No art. 186, há uma cláusula geral de ilicitude por culpa – praticamente reiterando o famoso art. 159 do Código Civil de 1916. Em contrapartida, o art. 187 enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, ao mencionar que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Sob o influxo do princípio da eticidade, nosso legislador, com mínimas alterações, reproduziu o art. 334 do Código Civil de Portugal,<sup>255</sup> que por sinal é praticamente cópia do art. 281 do Código Civil grego, de 1940, ao dispor que “o exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito”.<sup>256</sup>

O mérito do art. 187 do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. Acolhe-se a teoria objetiva finalista, que tem em Josserand o seu maior expoente.

O entendimento foi cimentado no Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil, confirmando tal interpretação:

Enunciado 37, Jornada de Direito Civil:

“A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Como bem pondera RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso do direito, que seria a intenção de causar o dano, o “sentimento mau” a animar o agente, pois o Código Civil dispensa o elemento subjetivo e se contenta com a culpa social que reside no comportamento excessivo.<sup>257</sup> Aqui, coloca-se em relevo outro elemento do ato abusivo – a sua causa –, considerado em sentido teleológico: o direito subjetivo é um

<sup>254</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, op. cit., p. 135.

<sup>255</sup> “É ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

<sup>256</sup> Alerta ANTONIO MENEZES CORDEIRO que o Código Civil da Grécia, a seu turno, inspirou-se na doutrina alemã posterior ao BGB, pois no § 226 tinha índole subjetiva: “O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem” (*Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 716).

<sup>257</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos”, op. cit., p. 23.

direito-função e o seu exercício abusivo motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais concorrentes.<sup>258</sup>

O legislador qualificou o abuso do direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante deveremos tratá-lo.<sup>259</sup> Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa.

O art. 186 define como ilícita a violação frontal da norma por qualquer pessoa que infrinja os seus pressupostos lógico-formais. Isto é, de forma apriorística incide uma concreta proibição normativa à prática de uma conduta (comissiva ou omissiva). Mediante uma qualificação exclusiva do legislador, o sistema, automaticamente, reprova os comportamentos hostis à letra da norma.

No abuso do direito a leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta e lhe concede sustentação sistemática.<sup>260</sup>

Como bem pondera HELOISA CARPENA,<sup>261</sup> “em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma de antijuridicidade”. Sem dúvida, o abuso do direito é modalidade independente de ato ilícito, distanciada da clássica compreensão da ilicitude, que, historicamente, esteve atrelada ao elemento subjetivo.

Conceituando-se a ilicitude como relação de contrariedade entre a conduta humana e a norma jurídica, é possível crer que o abuso do direito também seja um ato ilícito, pois nas hipóteses dos arts. 186 e 187 há uma atuação sem direito. Todavia, tal fato não elimina a autonomia dogmática dos dois institutos.

Percebe-se que o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer. Aqui haverá uma heteronomia na criação do direito: de um lado, o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados; de outro, o magistrado os preencherá na concretude do caso, examinando a proporção entre o exercício do direito e a sua repercussão teleológica.

A noção de culpa social como lesão à coletividade em uma visão completamente distinta da culpa individual – como conduta imputável moralmente a um agente – já

<sup>258</sup> CARRANZA, Jorge. *El abuso del derecho en la reforma del código civil*, passim.

<sup>259</sup> HELOISA CARPENA dispara contundentes críticas à concepção do abuso do direito como espécie de ato ilícito no Código Civil de 2002. Qualifica a concepção do legislador como “absolutamente anacrônica”, por obscurer os contornos da matéria e caminhar no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude” (“O abuso de direito no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 382).

<sup>260</sup> ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, op. cit., p. 184.

<sup>261</sup> CARPENA, Heloísa. “O abuso de direito no Código Civil de 2002”, op. cit., p. 371.

era descrita por ALVINO LIMA, que entendia o “maior prejuízo social como critério fixador do ato abusivo de um direito”.<sup>262</sup> Proclama-se, assim, a relatividade dos direitos subjetivos. Bem por isso, não se pode esquecer a advertência de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, sublinhando que a lei, ao se referir à palavra *direito* (no art. 334 do Código Civil de Portugal, cuja redação é, praticamente, igual à do art. 187 do Código brasileiro), abrange não apenas os verdadeiros direitos subjetivos, como também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo-se aí os direitos potestativos.<sup>263</sup> Aliás, no tocante ao abuso do direito potestativo, há norma repressiva expressa (art. 473, parágrafo único) que suspende a eficácia do direito potestativo à resilição unilateral por um dos contratantes, enquanto não for superado um lapso temporal suficiente para a outra parte se compensar quanto aos investimentos efetuados para a execução do contrato. Trata-se de evidente imposição de limites éticos à autonomia privada. J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA acentua que, se o direito subjetivo pudesse conter os limites<sup>264</sup> nos quais o titular pudesse atuar legalmente, o abuso do direito seria uma impossibilidade lógica. As necessidades da vida, porém, têm de superar os obstáculos da lógica jurídica. Por isso, na atualidade, os tribunais têm de forçosamente criar o novo direito, formulando-o em harmonia com as necessidades do instante.<sup>265</sup>

É infeliz a referência à palavra *direito* contida na redação do art. 187 da Codificação, por induzir à ideia de uma restrição à aplicação da teoria do ato abusivo, o que impediria a sua incidência em outras situações jurídicas. Com efeito, ao contrário do que insinua o tipo legal, também as liberdades, as faculdades e os direitos potestativos ou poderes jurídicos admitem a incidência da aplicação da teoria do ato abusivo, uma vez que podem estabelecer vantagens para o seu titular. Corroborando dessa tese, o ilustre Promotor de Justiça no Paraná INÁCIO DE CARVALHO NETO assevera “não haver direitos insindicáveis em matéria de abuso, aplicando-se a teoria a quaisquer espécies de direitos”, inclusive aos potestativos.<sup>266</sup>

Merece censura o uso do termo *exercê-lo* na redação do art. 187, por induzir à falsa conclusão de que a conduta omissiva não poderia caracterizar abuso, o que não corresponde, efetivamente, à realidade. Em verdade, o ato abusivo pode decorrer de condutas comissivas e omissivas, sempre que o titular excede, manifestamente, os limites impostos pela boa-fé objetiva, pela função social e econômica e pelos bons costumes.

Outra observação que comporta reflexão se localiza na inserção do advérbio “manifestamente”, como forma de definir a partir de que limites o ato abusivo será passível de sancionamento pelo sistema. Há certa perplexidade em afirmar que um ato pode ser “muito ou pouco” abusivo. Sejam peremptórios: ou há a violação aos valores da

<sup>262</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, op. cit., p. 257.

<sup>263</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 74.

<sup>264</sup> FERNANDO NORONHA compartilha esse raciocínio entendendo que no abuso do direito há antijuridicidade sem culpabilidade. Mas alcança conclusão diversa, por entender que a ilicitude demanda os dois elementos reunidos, admite a licitude do abuso do direito, nos termos do art. 187 do Código Civil. Cf. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*, op. cit., p. 85.

<sup>265</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao direito civil*, op. cit., p. 444.

<sup>266</sup> CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do Direito*, op. cit., p. 217.

função, boa-fé e bons costumes, ou não há abuso do direito. Não é possível tolerar uma pequena violação a valores, pois toda lesão a princípios, per se, já é relevante. Assim, aderimos ao posicionamento de HELOÍSA CARPENA,<sup>267</sup> no sentido de que “basta a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência”.

O abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superem a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas.

A cláusula geral do art. 187 propicia a exata abertura ao influxo dos valores do art. 3º, I, da Constituição Federal, efetuando uma saudável ponderação entre o exercício da autonomia privada do indivíduo e os valores solidaristas que fundamentam o ordenamento. O constante revigoramento da teoria do abuso do direito será consequência da diuturna harmonização dos referidos princípios, sempre com vista ao valor supremo da preservação da dignidade da pessoa humana. Não podemos mais repetir impunemente o brocardo “tudo que não é proibido é permitido”. Atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo.

Enfatiza, então, EVERARDO DA CUNHA LUNA que no abuso do direito a ilicitude é objetiva, consistindo na violação da norma pela conduta humana, inferida por um juízo de valor. Não se indaga se a conduta é subjetivamente censurável, se houve culpa ou dolo para que se considere uma ação contrária ao direito. A ilicitude consiste na infração da norma de ação; a culpabilidade, no infringir da norma de motivação.<sup>268</sup>

Ora, sendo a ilicitude objetiva, apenas avulta a valoração do comportamento em face do preceito jurídico, e não a censura ao agente que o perpetrou. Todavia, só se poderá cogitar do abuso de direito quando é suprimido o motivo legítimo do ato. Há um descompasso entre o objetivo perseguido pelo agente e aquele para o qual o ordenamento direcionou o exercício do direito. A violação ao espírito do ordenamento é posta em seus fundamentos axiológicos – boa-fé, bons costumes e finalidade econômica ou social do direito subjetivo.

Destarte, é possível cogitar de uma ilicitude formal e de uma ilicitude material com autonomia científica, mas com identidade substancial de consequências jurídicas, gerando convergência de efeitos sancionatórios nos planos preventivo e repressivo.<sup>269</sup> Vale dizer, a identidade de efeitos aproxima as duas modalidades de atos ilícitos, sem que isso prejudique a especial área de atuação de cada um, em caráter de complementaridade.

Enfim, os pequenos equívocos do art. 187 do Código Civil não impedem uma interpretação construtiva do instituto do abuso de direito, notadamente a partir “da

<sup>267</sup> CARPENA, Heloísa. “O abuso de direito no código civil de 2002”, op. cit., p. 383.

<sup>268</sup> LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*, op. cit., p. 59.

<sup>269</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando. *Abuso do direito*, op. cit., p. 634.



constitucionalização do Direito Civil, tendência marcante do nosso tempo e característica do Estado Social, possibilitando a permanente oxigenação do sistema ao permitir a adequação das normas à realidade social, em constante mutação”,<sup>270</sup> permitindo que o sistema jurídico, efetivamente, atenda concretamente aos valores constitucionais.

## 12.5 Modalidades específicas de atos abusivos (figuras parcelares do abuso do direito)

### 12.5.1 Generalidades

A amplitude e abertura da cláusula geral de ato ilícito por *abuso do direito* permitem, naturalmente, o reconhecimento de diferentes categorias decorrentes de sua efetiva aplicação.

Equivale a dizer: o abuso do direito se apresenta, nos mais distintos âmbitos de sua incidência, com diferentes formas e feições, modelando-se às variações que defluem da própria boa-fé objetiva.

Tais variações, como não poderia ser diferente, estão entrelaçadas, diretamente, na perspectiva da boa-fé objetiva.<sup>271</sup> São figuras parcelares que decorrem da própria compreensão da eticidade que se espera das relações jurídicas.

Aliás, por decorrerem das latitudes da boa-fé objetiva, o entendimento predominante aponta, inclusive, no sentido de admitir a incidência das aludidas figuras, inclusive, no âmbito do Direito Público, servindo como mitigação da supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>272</sup>

É importante, portanto, tecer considerações acerca de alguns tipos específicos de atos abusivos, que, embora reunidos ao derredor da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), possuem características próprias, particulares.

Sobreleva, assim, que se atente para algumas peculiaridades no reconhecimento do abuso de direito, a partir de figuras específicas.

Veja-se.

<sup>270</sup> CARPENA, Heloísa. “Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional”, op. cit., p. 384.

<sup>271</sup> “É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 1.040.606/ES, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 24.4.2012, DJe 16.5.2012).

<sup>272</sup> Abraçando esse entendimento, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados” (STJ, Ac. Unân., 5ª T., RMS 20.572/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 1.12.2009, DJe 15.12.2009).

### 12.5.2 A proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)

Não é despidendo lembrar, de saída, FRANZ WIEACKER, observando que a expressão *venire contra factum proprium* (isto é, proibição de comportamento contraditório) evidencia de forma tão imediata a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio.<sup>273</sup>

Pois bem, a *proibição de comportamento contraditório* (*nemo potest venire contra factum proprium*) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

Nessa levada, veja-se a precisa redação do Enunciado 362 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 362, Jornada de Direito Civil:

“A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

Conquanto nunca tenha sido contemplado expressamente no ordenamento jurídico, o princípio da vedação do comportamento proibitório mantém um “contínuo ferte” com os juristas contemporâneos, como percebe ANDERSON SCHREIBER, em excelente e pioneira obra sobre o tema.<sup>274</sup> Desse modo, apesar do silêncio da lei, promovida uma interpretação liberta das amarras positivistas, percebe-se que o *venire contra factum proprium* é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro.

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*.

Com esse espírito, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR conceitua o *venire contra factum proprium* como “uma sequência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida”.<sup>275</sup>

Dessa noção conceitual, é possível retirar os elementos essenciais (caracterizadores) para a proibição de comportamento contraditório:

<sup>273</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, op. cit., p. 61.

<sup>274</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 62.

<sup>275</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, op. cit., p. 367.

- i) uma conduta inicial;
- ii) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial;
- iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial;
- iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição.

Há, destarte, uma sequência de dois comportamentos incoerentes entre si: um primeiro comportamento (o *factum proprium*), que desperta uma determinada confiança, e um outro sequencial (o *venire*), que assaca contra a confiança despertada anteriormente (incoerência valorativa).

Sanciona-se como inadmissível toda pretensão que, isoladamente analisada, estaria no campo da licitude, mas descamba para a ilicitude em face da sua compreensão à luz de um comportamento anterior praticado pelo mesmo sujeito. Seguramente, o seu fundamento está na confiança despertada no outro que está de boa-fé, em razão de uma primeira conduta realizada.<sup>276</sup>

De acordo com JUDITH MARTINS-COSTA,<sup>277</sup> o *venire* se insere na “teoria dos atos próprios”, segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente.

Fundamenta-se a vedação de comportamento contraditório, incoerente, na tutela jurídica da confiança, impedindo que seja possível violar as legítimas expectativas despertadas em outrem. A confiança, por seu turno, decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva (bem definida pela doutrina germânica como *Treu und Glauben*, isto é, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes).

Assim, com esteio na lição de ANDERSON SCHREIBER, “a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência”. E acrescenta, com pertinência, que “a incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial”.<sup>278,279</sup> Essa fundamentalidade da lealdade de comportamento no tráfico jurídico também é anotada por CARLYLE POPP, que, após relacionar a máxima do *venire* à figura do *estoppel* no Direito inglês,<sup>280</sup> acaba

<sup>276</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio*, op. cit., p. 101.

<sup>277</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 460.

<sup>278</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 95.

<sup>279</sup> Disso não discrepa FÁBIO DE OLIVEIRA AZEVEDO, para quem o *venire* consubstancia um instrumento de proteção da “legítima confiança que é depositada por outrem no sentido de que a conduta inicialmente adotada será preservada” (*Direito Civil: introdução e teoria geral*, op. cit., p. 99).

<sup>280</sup> HARRIET CHRISTIANE ZITSCHER narra interessante caso de aplicação do *estoppel*, no qual “um homem morou junto com sua companheira numa casa desde 1965. No ano de 1973, ele declarou oralmente que a casa pertencia a ela. Em seguida, a companheira gastou a maior parte da sua poupança na reforma da casa com o consentimento do homem. Três anos depois, este homem interessou-se por outra mulher e exigiu da

por admitir que nas negociações preliminares poderá haver verificação simultânea do *venire* com a responsabilidade pré-contratual, quando uma das partes abusa da confiança da outra – após acenar com o desejo da continuidade das negociações – e, imotivadamente, provoque o encerramento das conversações, em comportamento tido como contraditório.<sup>281</sup>

Nessa senda, incorporando tais ideias, vem afirmando o Superior Tribunal de Justiça: “O titular do direito subjetivo que se *desvia do sentido teleológico* (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*” (STJ, Ac. Unân., 1ª Seção, EDcl no REsp. 1143216/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.8.2010, DJe 25.8.2010).

De mais a mais, é preciso observar que a *solidariedade social*, contemplada no art. 3º da Carta Constitucional, apresenta-se, por igual, como fundamento da proibição de comportamento contraditório por impor o respeito e consideração aos interesses de terceiros, impedindo comportamentos egoísticos.

Encontram-se, em nossa jurisprudência, interessantes precedentes, fazendo referência ao *venire*. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já teve oportunidade de reconhecer:

“Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. [...]”

A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 95539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 3.9.1996).<sup>282</sup>

Em outra passagem, a nossa Corte Superior julgou recurso de um Poder Público municipal que, após celebrar diversas promessas de compra e venda de lotes componentes de uma gleba de sua propriedade, pretendia anular todos os negócios ajustados, alegando que o parcelamento (que ele mesmo promoveu) não estava regularizado, faltando o imprescindível registro. Deliberou, então, o Superior Tribunal de Justiça: “Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado

companheira que ela saísse da casa. Os tribunais obrigaram o homem a transferir a propriedade da casa à antiga companheira” (*Introdução ao direito civil alemão e inglês*, op. cit., p. 140).

<sup>281</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, op. cit., p. 129.

<sup>282</sup> Em trecho do voto condutor, bem ponderou o ilustre relator: “Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O Direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente[...] Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior”.

em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo[...] A *teoria dos atos próprios* impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 141.879/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.10.1998).<sup>283</sup>

Noutro julgado, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o *venire* ao Poder Público porque, após ter enquadrado uma determinada empresa como produtora rural, garantindo-lhe tributação diferenciada, passou a cobrar-lhe impostos pela alíquota comum. Veja-se:

“1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como “*produtora de sementes*”. É o próprio art. 30 do Decreto nº 81.877/78 que conceitua produtor de semente como “*toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor*”. Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do Regulamento do imposto de renda.

2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., AgReg no REsp. 396489/PR, Rel. Min. Humberto Martins, j. 11.3.2008, DJe 26.3.2008).

Em se tratando de manifestação tipicamente abusiva (e, por conseguinte, ilícita), o *venire* pode implicar em diferentes efeitos jurídicos, como acontece com todo e qualquer ato ilícito. É possível efeitos caducificantes, indenizantes, invalidantes...<sup>284</sup>

Vale ressaltar que o *venire contra factum proprium* pode derivar de um comportamento comissivo ou omissivo do contratante. Ou seja, pode ocorrer tanto quando uma das partes cria a confiança de que determinada conduta será adotada, e não o é, quanto na

<sup>283</sup> O Supremo Tribunal Federal, igualmente, vem acolhendo o *venire contra factum proprium*, ao afirmar que “não tem interesse recursal o autor que, requerendo desistência do processo, argui, contra a decisão homologatória, haver mudado de opinião” (STF, Ac. Tribunal Pleno, MS 25742/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 5.4.2006, DJU 25.8.2006, p. 16).

<sup>284</sup> É conveniente a lembrança de ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR, destacando que o *venire* poderá, inclusive, justificar o reconhecimento de efeitos jurídicos para um negócio nulo, obstando um abuso de confiança. Assim, defende o reconhecimento de efeitos jurídicos, como o pagamento de salários dos dias efetivamente trabalhados e do FGTS, em favor do “trabalhador contratado pela Administração Pública, sem que tenha sido previamente aprovado em concurso público”, apesar da evidente nulidade do negócio, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição da República. Cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, op. cit., p. 370. No mesmo sentido, confira-se a Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho: “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

hipótese em que a confiança se materializa no sentido de que aquele comportamento não será adotado, mas termina sendo.<sup>285</sup>

Por derradeiro, cumpre apontar uma elementar e relevante diferenciação entre o *venire contra factum proprium* e a proibição de alegação da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Não há dificuldade, decerto. É que, conquanto ambas as figuras derivem de uma incoerência de condutas, a proibição de comportamento contraditório está assentada na boa-fé objetiva, enquanto a proibição de alegação da própria torpeza deriva da boa-fé subjetiva. Explica WAGNER MOTA ALVES DE SOUZA que “na proibição da alegação da própria torpeza o elemento intencional é fundamental para sua incidência. A própria torpeza só existe onde há má-fé, intenção de prejudicar. Ausente o móvel subjetivo, não poderá ser aplicada a referida regra. A teoria dos atos próprios [...] não considera, em princípio, o elemento subjetivo; é suficiente a contradição objetiva entre os comportamentos diferidos no tempo... Assim, a má-fé não precisa ser provada para que se opere sua incidência, basta a violação à boa-fé e à confiança”.<sup>286</sup>

### 12.5.3 A *supressio* (*Verwirkung*) e a *surrectio* (*Erwirkung*)

Derivadas do sistema jurídico alemão, a *supressio* (ou *Verwirkung*, como preferem os alemães) e a *surrectio* (ou *Erwirkung*, na língua tedesca) são expressões cunhadas no direito lusitano, para designar o fenômeno jurídico da supressão de situações jurídicas específicas pelo decurso do tempo, obstando o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso.

Trata-se da inadmissibilidade do exercício de determinadas situações jurídicas por seu retardamento, omissão, fazendo surgir para outra pessoa uma expectativa.

As primeiras ideias centrais sobre a matéria se originaram na Alemanha, por conta da superdesvalorização da moeda, no início do século XX. Como, naquele momento histórico, a diferença de poucos dias na aplicação da correção monetária importava em considerável mudança no valor da dívida, exigiu a jurisprudência alemã que o credor fosse rápido na cobrança de seus direitos. Nessa trilha de raciocínio, em 1923, um tribunal germânico reconheceu a perda do direito à correção monetária por parte de um empreiteiro que havia retardado por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente a respeito da pretensão de corrigir o preço ajustado.<sup>287</sup>

A partir daí, a *Verwirkung* difundiu-se no sistema jurídico alemão. Já em 1925, houve um célebre caso, relacionado à impugnação de uso de marca (direito autoral). O autor da demanda havia depositado, em 1906, no órgão competente a marca *Goldina*, para fins de uso com produtos laticínios em geral, mas apenas utilizou-se, efetivamente, da marca na margarina. De outra parte, o réu havia registrado, em 1896, a mesma marca *Goldina* para a produção de chocolate e produtos derivados. Todavia, a partir de 1918, passou a produzir, também, manteiga e leite condensado. Coincidentemente, em 1921,

<sup>285</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. “A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro”, op. cit., p. 426.

<sup>286</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios*, op. cit., p. 187.

<sup>287</sup> Mais uma vez, a referência histórica é à obra de ANDERSON SCHREIBER. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 179.



também o autor da referida ação resolveu produzir manteiga e leite condensado, com a marca *Goldina*, antes já depositada em seu favor. Diante do caso narrado, pleiteava o autor que o réu fosse impedido de utilizar-se da marca que havia registrado anos antes. A corte alemã, porém, deliberou pela impossibilidade de utilização tardia do direito de uso da marca autoral.<sup>288</sup>

Pois bem, diante dessas considerações, é possível dizer que *supressio* é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *surrectio*, que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade de vir a exercê-lo posteriormente.

É dizer: *supressio* ou *Verwirkung* ocorre quando há uma demora desleal no exercício de um direito. Isto é, “quando o titular de um direito deixa de exercê-lo, durante certo lapso de tempo, criando para a outra parte uma confiança razoável de que aquele direito não seria mais exercido”, consoante as palavras de MARCELO DICKSTEIN.<sup>289</sup> Já a *surrectio* ou *Erwirkung* corresponde à mesma situação, enxergada pelo prisma inverso, fazendo surgir um direito para um terceiro pela reiterada omissão do titular, beneficiando quem depositou confiança na continuidade daquele procedimento omissivo.

O Código Civil, embora não expressamente, admite um típico exemplo de *supressio* no art. 330, ao tratar do pagamento, reiteradamente, realizado em local diverso daquele fixado no contrato.<sup>290</sup>

Bem percebe ANDERSON SCHREIBER que o *Verwirkung* é um subtipo, uma subespécie, de *venire contra factum proprium* (isto é, proibição de comportamento contraditório), apenas caracterizado pelo fato de que a conduta inicial consiste em um comportamento omissivo, um não exercício de uma situação jurídica subjetiva.<sup>291</sup>

Aproxima-se a *supressio* da figura do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Mas dele se diferencia primordialmente, pois, enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso do tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Outro aspecto muito destacado é a desnecessidade de investigação do elemento anímico – dolo ou culpa – por parte do titular não exercente do direito, sendo a deslealdade apurada objetivamente com base na ofensa à tutela da confiança.<sup>292</sup>

<sup>288</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 180.

<sup>289</sup> DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio*, op. cit., p. 180.

<sup>290</sup> Reza o dispositivo codificado: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Ou seja, a inércia do credor, por não constituir em mora em devedor (CC, art. 394), gera a legítima confiança no devedor que poderá efetuar os pagamentos sucessivos no local que escolheu.

<sup>291</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 181.

<sup>292</sup> Em duas recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça considerou a *supressio* (REsp. 356.821/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.4.2002, e REsp. 214.680-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 10.8.1999).

A *supressio* guarda semelhanças com institutos como a prescrição e a decadência, pois na base do problema está a discrepância entre uma regulação jurídica e a efetividade social, adaptando-se aquela em função desta em razão do tempo. Mas as distinções são sintetizadas por KARL LARENZ. Enquanto na prescrição e na decadência os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular, a *supressio* demanda a confiança da contraparte, motivada pela inatividade do oponente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercerá o direito. Por isso que o tempo para a perda do direito não se submete a prazos rígidos.<sup>293</sup>

Já na *surrectio*, o exercício continuado de uma situação jurídica ao arrepio do convencionalizado ou do ordenamento implica nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro.<sup>294</sup> *Supressio* e *surrectio* são dois lados de uma mesma moeda: naquela, ocorre a liberação do beneficiário; nesta, a aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado. Em ambas preside a confiança, seja pela fé no não exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.

Equivale a dizer que o que se protege no reconhecimento da *surrectio* e da *supressio* nada mais é do que a própria confiança, decorrente da boa-fé objetiva (comportamental). Em sendo assim, tais institutos coexistem, harmonicamente, com os prazos legais (de prescrição ou de decadência) contemplados no sistema jurídico. É que, em alguns casos concretos, o valor *segurança* (que inspira os prazos legais) há de ceder em prol do valor *confiança* (que inspira a *supressio* e a *surrectio*). São casos em que ao decurso do tempo, sem manifestação de vontade do interessado (titular do direito), somam-se comportamentos do titular, criando em outrem uma legítima expectativa de não exercício do respectivo direito. É o exemplo de um condomínio edilício que tolera que um de seus condôminos utilize, com exclusividade, uma área comum, sem reclamar. Independentemente da fluência do prazo usucaptivo (se possível for), é possível gerar uma situação de legítima confiança quando o condomínio gera no condômino uma confiança de que a situação vai perdurar, por exemplo, cobrando uma taxa a mais pela utilização da área. De qualquer sorte, releva destacar que a ponderação somente pode ocorrer no caso concreto.

Também é válido lembrar a hipótese de uma pessoa casada que descobre, logo após o casamento, algum fato grave que desabona a honra e a boa fama de seu consorte – fato antes desconhecido, o que lhe faculta requerer a anulação de casamento, nos termos do art. 1.557 da Lei Civil. No entanto, ao invés de requerer a invalidação das núpcias, o consorte continua coabitando com o cônjuge, mesmo após a descoberta do

Em comum, proprietários de unidades condominiais fizeram uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de 30 anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local e estavam autorizados por assembleia condominial. Assim, houve o prolongado comportamento dos demais condôminos, como se não mais quisessem exercer o direito sobre a área comum, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, da permanência dessa situação. Assim, manteve-se o *statu quo ante*, em virtude do “princípio ético de respeito às relações definidas por décadas de convívio”.

<sup>293</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte general*, op. cit., p. 302.

<sup>294</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial*, op. cit., p. 132.

fato. A referida hipótese “reflete de modo claro uma aplicação prática da *supressio* e, tivesse o legislador, por qualquer razão, deixado de fazer a ressalva que se encontra no art. 1.559, referente à coabitação, ainda assim o direito de obter a anulação do casamento não mais poderia ser exercido”, em face da expectativa criada no outro.<sup>295</sup> A outro giro, também é possível reconhecer a incidência da *supressio* em situações jurídicas atinentes à pensão alimentícia. Bastaria imaginar a hipótese de um credor de alimentos que se mantém inerte por longo período de tempo, criando no devedor (alimentante) a expectativa de que não haverá execução porque não há necessidade fática de recebimento da pensão. Nesse caso, o comportamento reiterado do credor, omitindo-se de uma execução de alimentos (quando poderia fazê-lo), poderá caracterizar a *supressio*, caso não tenha sofrido, por evidente, algum embaraço impeditivo na propositura da demanda. Já há, inclusive, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul abraçando o cabimento da tese em tais circunstâncias:

“Ação de alimentos. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Extinção material do vínculo de mútua assistência.

[...]

Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de oito anos, permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança.

A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito com base no instituto da *supressio*.

Precedentes doutrinários e jurisprudenciais”

(TJ/RS, Ac. Unân., 8ª Câmara Cív., Ap. Cív. 70026907352 – Comarca de Cruz Alta, Rel. Des. Rui Portanova, j. 4.12.2008).

E a recíproca é verdadeira. Caso, em situação contrária, o devedor de alimentos (o alimentante), apesar de ter sido exonerado judicialmente do dever de prestar, resolve, por conta própria, *sponte sua*, manter o pensionamento, reiterada e sistematicamente, poderá estar criando no beneficiário uma expectativa, que pode se apresentar digna de proteção jurídica, por conta desse comportamento.<sup>296</sup>

<sup>295</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, op. cit., p. 396.

<sup>296</sup> Não por outro motivo, a Corte de Justiça sul-rio-grandense já teve oportunidade de afirmar: “Apelação. Alimentos. Exoneração. [...] Repetição sistemática e continuada de um comportamento. *Surrectio*. [...] O apelado, mesmo com decisão judicial favorável a desonerá-lo da pensão alimentícia paga ao apelante, continuou a pagar-lhe pensão por largo período de tempo. E, se a despeito da decisão judicial, continuou a pagar alimentos, surge uma nova obrigação alimentar, diversa da anterior. A repetição sistemática e continuada de um determinado comportamento cria direito, consubstanciado na expectativa de que esse comportamento, pelo menos, continuará se repetindo. É a *surrectio*” (TJ/RS, Ac. 8ª Câmara Cív., Ap. Cív. 70009037631, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12.8.2004).

### 12.5.4 O *tu quoque*

“*Tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?* – é, no original, a indagação que se atribui a Júlio César, em 44 a. C., ao reconhecer entre aqueles que haviam conspirado para o seu assassinato, Marco Júnio Bruto, a quem considerava como filho. *Tu quoque* significa, literalmente, ‘até tu’, ‘também tu’, e é expressão universalmente consagrada como forma de designar espanto, surpresa, decepção com a atuação inconsciente de certa pessoa”, conforme o preciso relato histórico de ANDERSON SCHREIBER, explicitando as origens remotas da expressão.<sup>297</sup>

Em sentido jurídico, a expressão *tu quoque* refere-se à aplicação de critérios valorativos distintos para reger situações jurídicas substancialmente idênticas.

O *tu quoque* é um tipo específico de proibição de comportamento contraditório na medida em que, em face da incoerência dos critérios valorativos, a confiança de uma das partes é violada. Isto é, a parte adota um comportamento valorativamente distinto daquela adotado em hipótese objetivamente assemelhada.

Ocorre o *tu quoque* quando *alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação*, com o fito de se beneficiar.<sup>298</sup> Nessa figura, portanto, encontra-se um acentuado aspecto de deslealdade, malícia, gerando a ruptura da confiança depositada por uma das partes no comportamento da outra, por conta dos critérios valorativos antes utilizados.

Para FRANZ WIEACKER, a exceção de aquisição de direitos de má-fé tem o seu fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: “Não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam”.<sup>299</sup> Ou, então, com base no brocardo inglês, *equity must come in clean hands*. Por isso, quem não cumpre os seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso. Imprescindível é que sempre exista um nexo entre a obtenção indevida do direito e o seu posterior exercício abusivo.<sup>300</sup>

Um exemplo eloquente do *tu quoque* é a *exceptio non adimplenti contractus* (exceção do contrato não cumprido), não se permitindo ao contratante que não cumpriu com as suas obrigações negociais exigir o cumprimento das obrigações da contraparte. Note-se que, observada isoladamente a segunda conduta (direito do contratante de exigir do outro o cumprimento dos deveres assumidos), estaria localizada no campo da licitude, apenas descambando para a ilicitude quando analisada à luz da conduta ilícita anteriormente praticada (o descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo

<sup>297</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 174-175.

<sup>298</sup> O raciocínio também é desenvolvido por RONNIE PREUSS DUARTE. “A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro”, op. cit., p. 427.

<sup>299</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, op. cit., p. 67. De qualquer sorte, vale frisar que BERNARD SHAW lembra não ser raro que o outro goste daquilo que você não aprecie.

<sup>300</sup> Exemplo clássico do *tu quoque* está na conduta dolosa do menor que oculta a sua menoridade e, posteriormente, dela pretende se aproveitar para afastar os efeitos da obrigação (CC, art. 180); outrossim, o beneficiário de uma condição não pode aproveitar-se de sua verificação quando maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita (CC, art. 129).

interessado em exigir o atendimento das obrigações pelo outro). Outra hipótese que pode ser lembrada está no art. 150 da Lei Civil, que obsta a alegação de dolo recíproco, afinal, quando ambas as partes procedem dolosamente, não podem invocar a anulabilidade do negócio.

Há certa semelhança entre o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium*, pois ambos são espécies da teoria dos atos próprios, que importa reconhecer a existência de um dever de adoção de uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento. Porém, é possível (e necessário!) diferenciar as duas figuras. Segundo TERESA NEGREIROS,<sup>301</sup> no *venire*, ambos os comportamentos, isoladamente considerados, não apresentam qualquer irregularidade, senão quando tomados em conjunto pela quebra de confiança decorrente da contradição entre as condutas opostas. Já no *tu quoque*, a contradição não reside nas duas condutas em si, mas na adoção indevida de uma primeira conduta que se mostra incompatível com o comportamento posterior. Isto é, há uma injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio.<sup>302</sup> Destrinchando mais claramente. O *venire contra factum proprium* se forma inicialmente por um ato lícito, conforme o direito (positivo, portanto) e, posteriormente, em razão da ofensa à boa-fé objetiva (mais especificamente à confiança despertada), o ato posterior não pode ser admitido, posto que é caracterizado como um ilícito. Já o *tu quoque*, a outro giro, segue um caminho inverso: surge de um ato ilícito (negativo) e, posteriormente, se busca o exercício de um ato em conformidade ao direito, que se enquadrará como ilícito, em razão da proteção à boa-fé. Em síntese, no *venire* o ato prévio (*factum proprium*) é exercido *positivamente* (em conformidade com o direito) e depois *negativamente* (em desconformidade com o direito), já no *tu quoque* o ato prévio é exercido *negativamente* (em desconformidade com o direito) e, posteriormente, se busca o exercício de um direito *positivamente* (em conformidade com o direito), sendo-lhe negado esse exercício em razão da boa-fé objetiva. Numa linguagem diferente, mas com o mesmo significado, podemos afirmar que no *tu quoque* a primeira conduta é indevida (maliciosa) e a segunda é devida, mas afastada em razão da quebra da boa-fé objetiva. Diferentemente, no *venire* a primeira conduta é devida, já a segunda não, posto que exercida de forma contraditória. É possível, *in fine*, entendê-los como institutos vetorialmente contrários, pois enquanto o *venire* segue o caminho positivo para negativo, o *tu quoque* segue o caminho negativo para positivo. De qualquer modo, sobreleva destacar que não se deve confundir o caminho percorrido pelo agente com as consequências jurídicas dos seus atos, pois, no *tu quoque*, em que pese o caminho ser negativo para positivo, o ato posterior, isoladamente considerado lícito, terá como consequência uma ilicitude, pelas razões acima expostas.<sup>303</sup> No intuito de facilitar a visualização do que se expôs, segue-se um quadro comparativo:

<sup>301</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*, op. cit., p. 142.

<sup>302</sup> Seria o exemplo do contratante que já estivesse em mora quando da ocorrência de circunstâncias supervenientes que alteram a base do negócio, ao pretender a sua resolução ou revisão em razão da onerosidade excessiva.

<sup>303</sup> Rendem os autores, no ponto, a justa homenagem e agradecimento ao advogado baiano Luiz Carlos Vilas Boas Júnior, que engendrou a diferenciação aqui apresentada, inclusive o quadro comparativo.

	Ato prévio	Ato posterior	Consequências
<b>Venire contra factum proprium</b>	Positivo (exercido em conformidade com o direito)	Negativo (exercido em desconformidade com o direito)	O ato posterior é tido como ilícito
<b>Tu quoque</b>	Negativo (exercido em desconformidade com o direito)	Positivo (exercido em conformidade com o direito)	O ato posterior é tido como ilícito

O *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual, pois pretende não só evitar que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta, como também resguardar o equilíbrio entre as prestações. No campo do adimplemento das obrigações, guarda grande semelhança com a *exceptio non adimpleti contractus*, eis que ambos objetivam preservar a proporcionalidade, o sinalagma contratual, e não apenas a confiança (como no *venire contra factum proprium*).

Exemplificando, vale invocar aresto da Corte portuguesa, tratando didaticamente do instituto: “A pessoa que viole uma norma jurídica não poderá, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído (*tu quoque*) [...] Tendo o réu, arditosamente, mantido em seu poder o documento enviado para assinatura pela firma que lhe vendera o veículo (há muito na sua posse), vindo depois a invocar a nulidade do contrato devido a falta de assinatura, ao ser-lhe exigido o pagamento, incorreu ele em abuso de direito naquela modalidade, não merecendo protecção a sua posição” (Supremo Tribunal de Justiça, Processo 2B4734, Rel. Nascimento Costa, j. 13.2.2003).<sup>304</sup>

### 12.5.5 O *duty to mitigate the loss* (o dever do credor de mitigar as próprias perdas)

Outra modalidade específica do abuso do direito (ato ilícito objetivo) é o *duty to mitigate the loss* ou, em vernáculo, *o dever do credor de minorar as suas próprias perdas*.

Não há dúvidas de que o credor tem diversos direitos, dentre os quais, exigir o cumprimento integral da obrigação e o respectivo atendimento de seu interesse creditício. Todavia, se o credor se comporta de maneira excessiva, comprometendo e agravando a situação jurídica do devedor, estará caracterizado o abuso do direito.

É aplicação efetiva e direta da boa-fé objetiva, impondo um comportamento ético ao credor, consistente em não prejudicar o devedor. Nesse passo, o Enunciado 169 da Jornada de Direito Civil é de clareza meridiana ao reconhecer que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Certamente, o dever anexo de cooperação e lealdade impõe ao credor atuar, concretamente, para não agravar a situação do devedor. Por isso, quando o seu comportamento

<sup>304</sup> A referência ao precedente jurisprudencial consta da obra de ANDERSON SCHREIBER. *A proibição de comportamento contraditório*, op. cit., p. 176.



implica em agravamento da situação do devedor, haverá abuso do direito de ser credor, produzindo as consequências naturais do ato ilícito objetivo.

A partir disso, leciona LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA que o *duty to mitigate the loss* “consiste na obrigação do credor em buscar evitar o agravamento do devedor”, acrescentando que “o credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja às menores proporções possíveis”.<sup>305</sup>

Naturalmente, não se exige que o comportamento do credor decorra do elemento subjetivo, pouco interessando se teve, ou não, culpa. Até porque seria quase impossível evidenciar que o credor teve culpa em prejudicar, reflexamente, a si mesmo.

A título de fixação do tema, vale lembrar que no Direito do Consumidor o *superendividamento* é exemplo eloquente de abuso do direito em razão do *duty to mitigate the loss*. No momento em que o banco concede crédito a um cliente que já se encontra em dívida, amplia-se a chance de incorrer em insolvência civil. Noutra hipótese, a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o credor de alimentos somente pode obter a prisão civil do devedor de alimentos pela dívida dos últimos três meses vencidos (além, é óbvio, das parcelas vincendas dentro da relação processual), apesar de ter direito à execução dos últimos dois anos.<sup>306</sup> É clara hipótese de violação do dever imposto ao credor de mitigar os danos impostos a si e, igualmente, ao devedor. Também será caso de abuso do direito por violação do *duty to mitigate the loss* a situação de inércia do autor de uma ação que obtém do juiz uma tutela antecipatória, fixando multa diária para o devedor (*astreintes*), e deixa assomar um volume considerável de parcelas. Bastaria lembrar de uma tutela antecipada para retirada do nome do sistema de proteção do crédito, fixando R\$ 1.000,00 (um mil reais) de multa diária, e o autor da ação espera um ano, ou mais, para requerer a execução, o que implicará em uma soma volumosa, prejudicando, reflexamente, o devedor. Nessa situação, poderá o juiz limitar o valor da execução, reconhecendo a abusividade do exercício do direito pelo credor. Não se perdoará o descumprimento da obrigação pelo devedor, apenas estabelecendo o magistrado limites éticos para o exercício do direito.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e jurisprudência*, op. cit., p. 49.

<sup>306</sup> Súmula 309, Superior Tribunal de Justiça: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

<sup>307</sup> O Superior Tribunal de Justiça é pacífico ao reconhecer essa possibilidade de redução da multa diária, louvando-se, a toda evidência, na tese do *duty to mitigate the loss*: “1. Esta Corte Superior já firmou entendimento quanto à possibilidade de ser reduzido o valor de multa diária em razão de descumprimento de decisão judicial quando aquela se mostrar exorbitante. Precedentes. 2. Não se pode utilizar o processo com fins de se obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante. 3. Ao firmar a conclusão de que afigura-se totalmente desproporcional e exorbitante o valor anteriormente fixado, revelando-se caracterizador de enriquecimento ilícito, uma vez que a multa diária cominada visava apenas a compelir a recorrida a dar cumprimento à decisão judicial, devendo ser adequada, suficiente e compatível com a obrigação principal, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., AgRgAg1075142/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 4.6.2009, DJU 22.6.2009).

### 12.5.6 O substancial *performance* (a tese do inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial)

Quando se verifica o inadimplemento da obrigação contratual surgem, em favor do credor, diversas opções. Seja a possibilidade de resolução com imposição de perdas e danos, a aplicação da cláusula penal como prefixação de prejuízos ou mesmo a própria opção do credor pela tutela específica, quando ainda for o objeto possível e a prestação remanesecer útil para ele (CC, art. 475).

Portanto, a desconstituição de um negócio jurídico pela resolução contratual oriunda do seu inadimplemento é um direito potestativo do credor. Esse direito potestativo é o poder de uma das partes de sujeitar a outra à sua deliberação unilateral, sem que o outro possa a isso se opor. Ou seja, cada parte de um negócio jurídico tem o direito de pleitear a resolução do contrato, com todas as suas consequências, quando há o inadimplemento pela contraparte, ou seja, quando há descumprimento de deveres assumidos no próprio negócio.

A doutrina clássica jamais discutiu a possibilidade de imposição de limites ao exercício de um direito subjetivo ou de um direito potestativo, pois eles eram justamente concedidos pelo ordenamento jurídico para a satisfação de interesses particulares. Todavia, uma vez que todo direito (subjetivo ou potestativo) só pode ser reconhecido e prestigiado pelo ordenamento jurídico quando detiver uma função social, novas luzes são lançadas sobre o tema. Com efeito, o exercício de um direito muitas vezes satisfaz o interesse privado do seu titular, mas, simultaneamente, ofende as expectativas sociais, pelas quais o próprio ordenamento concedeu esse direito. Haverá abuso do direito quando o seu exercício for manifestado sem motivação legítima, de forma a violar os seus próprios limites éticos.

Como visto, o abuso do direito é considerado um ato ilícito objetivo, pois a sua aferição independe da constatação da culpa pela violação formal de uma norma, sendo suficiente a antijuridicidade da conduta, a violação material dos fins dados pelo ordenamento jurídico. Em verdade, o abuso do direito como modo de controle da legitimidade do exercício de direitos subjetivos e potestativos é uma das vertentes da atuação do princípio da boa-fé sobre as relações obrigacionais.

A tese do inadimplemento mínimo é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos. Atualmente, é possível questionar a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, em situações caracterizadas pelo cumprimento de substancial parcela do contrato pelo devedor, mas em que, todavia, não tenha suportado adimplir uma pequena parte da obrigação.

É que se apresenta abusivo o exercício de um direito pela parte que pretende ver resolvido um negócio jurídico somente porque a contraparte descumpriu, minimamente, as suas obrigações. É o abuso do direito à rescisão de um contrato porque os drásticos efeitos que podem decorrer afrontam o senso ético exigido das partes.

Bem por isso, JONES FIGUEIREDO ALVES vislumbra “a não razoabilidade de outra conduta, qual seja, a da atuação da parte contratante em pretender a resolução do

contrato”,<sup>308</sup> quando o descumprimento foi mínimo. Ainda na doutrina pernambucana e com igual pensar, FABIOLA SANTOS ALBUQUERQUE esclarece que “o inadimplemento da parte precisa ser perquirido objetivamente a fim de evitar abusos, pois a resolução afasta a possibilidade de manutenção do contrato e, por conseguinte, da incidência de princípios sociais”.<sup>309</sup>

É o que no direito inglês é cunhado como *substantial performance*.

ARAKEN DE ASSIS descreve que “a hipótese estrita de adimplemento substancial – descumprimento de parte mínima – equivale, no direito brasileiro, *grosso modo*, ao adimplemento chamado de insatisfatório: ao invés de infração a deveres secundários, existe discrepância qualitativa e irrelevante na conduta do obrigado. O juiz avaliará a existência ou não da *utilidade* na prestação, segundo determina o art. 395, parágrafo único, do Código Civil. É bastante natural que, em alguns casos, se repete o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos constantes do contrato”.<sup>310</sup>

Para quem possui uma percepção nítida da boa-fé objetiva, deve incluir-se entre as atribuições do magistrado a análise da gravidade da infração contratual, não sendo crível o desfazimento de uma significativa relação jurídico-econômica pelo fato do insignificante descumprimento da avença. Em outras palavras, na linha do princípio constitucional da proporcionalidade, o desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes, comparativamente à opção de manutenção do contrato. Na falta de uma pequena parcela para o alcance do adimplemento, é coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção da prestação faltante (v. g., ação de execução ou monitória), e não a pura e simples resolução contratual.

Essa correlação do *substantial performance* com a boa-fé objetiva foi assinalada pelo Enunciado 361 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 361, Jornada de Direito Civil:

“O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Pois bem, em contratos de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária, não são raras as situações em que o contratante praticamente liquida o débito, porém, ao final do negócio jurídico, sucumbe diante de pequena parcela do contrato. Em tese, o credor poderá ajuizar ação de reintegração de posse ou busca e apreensão e reaver o bem imóvel ou móvel, como consequência do surgimento da pretensão ao crédito, decorrente da lesão ao direito patrimonial. Nada obstante, a perda do bem vital

<sup>308</sup> ALVES, Jones Figueiredo. “A teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato”, op. cit., p. 232.

<sup>309</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. “O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional”, op. cit., p. 242.

<sup>310</sup> ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, op. cit., p. 134.

(apartamento, automóvel) é um sacrifício excessivo ao devedor, em face do pequeno vulto do débito.

Daí a abusividade do exercício do direito resolutório, concedendo-se ao credor a possibilidade de ajuizar a ação necessária ao recebimento do crédito.<sup>311,312</sup>

Volvendo a visão para o contrato de seguro, mas louvando-se confessadamente do *substantial performance*, editou-se o Enunciado 371 da Jornada de Direito Civil:

Enunciado 371, Jornada de Direito Civil:

“A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva”.

### 12.5.7 A violação positiva de contrato (tese do adimplemento fraco ou ruim)

Com supedâneo na abstração e generalidade do princípio da boa-fé, alarga-se o conceito de abuso do direito e, a reboque, o conceito de adimplemento contratual.

Adimplir, doravante, significará atender a todos os interesses envolvidos na obrigação, abarcando tanto os deveres ligados à prestação propriamente dita, como aqueles relacionados à proteção dos contratantes em todo o desenvolvimento do processo obrigacional. O descumprimento dos deveres anexos provocará inadimplemento, com o nascimento da pretensão reparatória ou o direito potestativo à resolução do vínculo.

Apesar de variações doutrinárias, os deveres laterais podem ser classificados em três categorias: deveres de proteção, informação e cooperação. Os deveres de proteção relacionam-se ao acautelamento patrimonial e pessoal da contraparte. Surgem com muita frequência na responsabilidade pré-contratual, quando ainda não há um dever de prestação, mas já se exige um cuidado com a integridade do eventual parceiro. Já os deveres de cooperação pressupõem que as partes não pratiquem atos capazes de frustrar as finalidades materializadas no contrato. Isto é, pede-se um comportamento leal entre os contraentes, para que possam ser alcançados os objetivos convencionados (v. g., dever de sigilo e de não concorrência). Enfim, os deveres de informação obrigam cada contratante a conceder ao outro amplo conhecimento acerca dos fatos relacionados ao objeto do contrato, para que todas as decisões possam ser fruto de uma vontade livre e real.

Em resumo, os deveres laterais alcançam todos os interesses conexos à execução do contrato. Excluem-se de seu âmbito todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessários à realização da prestação.

<sup>311</sup> “O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas de uma prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da prestação faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esse fato e promove a busca e apreensão” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 2.4.2001).

<sup>312</sup> “Tratando-se de contrato de seguro-saúde, em que a indenização pelos gastos com internação constitui-se em obrigação principal da seguradora, o mero atraso de uma parcela do prêmio não se equipara ao total inadimplemento do segurado. Não existe, assim, em contrapartida ao atraso da última parcela do prêmio, direito da seguradora de descumprir sua obrigação contratual, qual seja, a de indenizar o segurado pelos gastos com o seu tratamento de saúde” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 293.722/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigli, j. 25.4.2001).

A lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação repercute na chamada violação positiva do contrato. Cuida-se de uma terceira modalidade de inadimplemento das obrigações. MENEZES CORDEIRO explica que a expressão *perturbação das prestações* é uma fórmula doutrinária conhecida pelos obrigacionistas, em que ficariam abrangidas as hipóteses de incumprimento definitivo, mora e cumprimento defeituoso. Trata-se de “espaço cômodo para abranger diversas eventualidades que impliquem a falta (no todo ou em parte) de cumprimento”.<sup>313</sup>

O § 241, do BGB alemão, em sua versão antiga, proclamava que, “por força da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir uma prestação ao devedor. A prestação pode também consistir numa omissão”. Na recente reforma do BGB de 2001, esse preceito não foi alterado, mas a ele foi aditado o nº 1, que dispõe: “A relação obrigacional pode obrigar, conforme o seu conteúdo, qualquer parte com referência aos direitos, aos bens jurídicos e aos interesses da outra”.

Nota-se que a noção de obrigação se amplia. O seu conteúdo é reconduzido a deveres que serão determinados na concretude de cada situação. Enquanto o inadimplemento absoluto e a mora concernem ao cumprimento do dever de prestação, a violação positiva do contrato aplica-se a uma série de situações práticas de inadimplemento que não se relacionam com a obrigação principal – mais precisamente, o inadimplemento derivado da inobservância dos deveres laterais ou anexos.

Em abastada monografia sobre o tema, JORGE CESA FERREIRA DA SILVA culmina por concluir que “a violação positiva do contrato, no direito brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando esse dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação”.<sup>314</sup> Também é conhecido o modelo da violação positiva do contrato como *adimplemento ruim* ou *insatisfatório*, pois, apesar de alcançar-se o cumprimento do dever de prestação, sobejaram frustrados o exercício da boa-fé e a salvaguarda da confiança alheia.

A doutrina foi obrigada a construir a categoria da violação positiva do contrato, perante o silêncio da lei. A sua delimitação conceitual encontra raízes na formulação de HERMANN STAUB, no início do século XX. Na Alemanha, a reforma do BGB de 2001/2002 tratou da matéria, ainda que sem a nomear. Assim, o § 280/1: “Compete ao devedor que viole um dever proveniente de uma relação obrigacional o dever de indenizar”; o § 324 permite, perante a violação de um dever proveniente de relação obrigacional, a resolução do contrato pelo credor.

O Código Civil de 2002 partiu de um modelo das obrigações ainda forjado em paradigmas da metade do século XX. Portanto, não houve oportunidade de codificar as doutrinas mais recentes, incluindo-se aí a violação positiva do contrato, cuja base científica é inequívoca. É algo a se lamentar, pois a perfeita delimitação dos diversos modelos jurídicos propicia conexões mais claras e seguras, concedendo-se ao aplicador do direito a possibilidade de fundamentar os seus pareceres e decisões de forma homogênea, sem

<sup>313</sup> CORDEIRO, Menezes. *Da Modernização do Direito Civil: Aspectos Gerais*, op. cit., p. 101.

<sup>314</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, op. cit., p. 266.

que cada um deles precise, a cada nova controvérsia, elaborar interpretações distintas e setorizadas, que muitas vezes fragilizam a segurança jurídica.

De qualquer forma, a correta hermenêutica da função integrativa da boa-fé objetiva remete à aceitação da violação positiva do contrato pela janela da cláusula geral do art. 422 do Código Civil.

A violação positiva do contrato como rompimento da relação de confiança que conecta as partes, mesmo que não atrelada aos deveres de prestação, deverá ser identificada em seus efeitos patrimoniais com o inadimplemento, para que dela se possa extrair o direito da parte ofendida à resolução do vínculo obrigacional ou, mesmo, à oposição da *exceptio non adimpleti*, inclusive com todas as consequências da responsabilidade civil, sobremaneira o dever de indenizar em prol do lesado.

É válido exemplificar a violação positiva do contrato com base em três interessantes situações descritas alhures:

- i) médico realiza tratamento e alcança a cura do paciente. Porém, a técnica empregada é extremamente dolorosa, quando existiam meios alternativos na ciência para se alcançar idêntico resultado sem que isso implicasse sofrimento para o paciente;
- ii) uma empresa contrata com agência de publicidade a colocação de *outdoors* pela cidade para a exibição de um novo produto. Todos os anúncios são colocados em locais de difícil acesso e iluminação, em que poucas pessoas tenham a possibilidade de visualizar a propaganda;
- iii) proprietário de haras adquire valioso cavalo e, em razão de falha no transporte, o animal chega em seu novo endereço magro e fragilizado.

Nos três casos, não podemos falar em inadimplemento absoluto, pois as prestações de fazer e de dar foram adimplidas. Explica ARAKEN DE ASSIS que “a terapêutica dolorosa e demorada ou o retorno insignificante da publicidade em consideração ao seu potencial, sem dúvida, ocasionam dano inconfundível com o produzido pela ausência e pelo equívoco da terapia ou pela má inserção da mensagem da propaganda”.<sup>315</sup> Nada obstante, nas três situações retratadas o adimplemento se deu de forma ruim, insatisfatória, ofendendo deveres instrumentais diretamente vinculados à realização da prestação, sejam eles deveres de proteção (1º caso), colaboração (2º caso), ou ambos (3º caso). Destarte, inserem-se, dentre os deveres laterais, “o dever de não destruir o patrimônio da outra parte com a execução do contrato, ou o de não informar as eventuais consequências danosas do mau uso da máquina instalada, ou o de instalar a máquina de modo a melhor atender os interesses do adquirente”.<sup>316</sup>

Assim, adverte ORLANDO GOMES que “sem dúvida, a violação positiva do crédito é admissível entre os modos de inexecução do contrato. Em alguns casos, autoriza,

<sup>315</sup> ASSIS, Araken de. *Resolução do Contrato por Inadimplemento*, op. cit., p. 127.

<sup>316</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato*, op. cit., p. 89.



porém, o pedido de resolução do contrato, apresentando-se como especial modalidade de inadimplemento”.<sup>317</sup>

No campo da violação positiva do contrato, é possível também inserir a interessante figura do inadimplemento antecipado da obrigação, também chamada “quebra antecipada do contrato”.

As partes avençaram o momento para o adimplemento de suas respectivas obrigações, porém, em instante anterior ao termo pactuado, um dos contratantes já demonstra inequívoca intenção de não cumprir a sua prestação, pois pratica uma conduta concludente no sentido do inadimplemento.

A recusa antecipada ao cumprimento da obrigação é também uma forma de violação ao princípio da boa-fé, pois a conduta que denota a falta de interesse de uma das partes em cumprir o dever de prestar é certamente uma lesão ao dever de confiança que inspira qualquer relação negocial.

No sistema da *common law*, há o instituto do *anticipatory breach* (ruptura antecipada), que permite ao contratante, que previamente saiba da intenção de inadimplemento do outro, ajuizar ação de resolução contratual, já a partir do momento em que se caracterizou a negativa ao cumprimento.

Daí entendermos viável o exercício do direito resolutório quando, pelas circunstâncias do negócio jurídico, uma das partes constata inequivocamente, pelo comportamento da outra, que esta não cumprirá sua prestação. Seria uma espécie de antecipação de inadimplemento, em face da verificação de que um dos contratantes adota atitudes que futuramente inviabilizarão a satisfação de sua obrigação. Se uma das partes cometer uma violação fundamental à obrigação, a outra parte poderá decretar a sua resolução.

Trata-se de situação que se vem tornando corriqueira na construção civil, quando o adquirente da unidade percebe que o prazo de entrega do imóvel aproxima-se. Apesar de beneficiado pelo prazo, o incorporador demonstra desídia, pois a construção ainda não começou a ser erguida ou, então, está apenas em sua fase inicial. Não haveria razão para o adquirente aguardar o prazo avençado com a construtora para só então postular pelos seus direitos. O ato de descumprimento antecipa os efeitos resolutórios e indenizatórios, que só se verificariam normalmente após o nascimento da pretensão.

Assim, evita-se procrastinar a espera de um termo contratual que provavelmente não terá a menor utilidade ao credor. Ao invés de aguardar o inadimplemento já revelado, antecipa a prestação jurisdicional e libera-se do vínculo, além de demandar as perdas e os danos, minorando os efeitos nocivos do descumprimento da obrigação. Em excelente obra, ANELISE BECKER coloca como imperativo o direito do credor à resolução do contrato, “máxime no momento em que ele, por sua vez, como devedor, é obrigado a cumprir uma prestação organicamente vinculada a uma outra ainda futura, da qual é credor, porém já tendo sobre ela impendente a afirmação categórica ou indícios claros que não será cumprida”.<sup>318</sup>

<sup>317</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, op. cit., p. 206.

<sup>318</sup> BECKER, Anelise. *Inadimplemento Antecipado do Contrato*, op. cit., p. 78.

A resolução antecipada não é expressa em nossa legislação, não podendo ser confundida com o tradicional instituto do vencimento antecipado do débito. Este é restrito a situações que induzam o devedor à insolvência, conforme se extrai do art. 333 do Código Civil. Já o inadimplemento antecipado verifica-se mesmo quando o devedor ainda for solvente, mas exteriorizar objetivamente a sua vontade de descumprir a obrigação.

No Brasil, a fragilidade doutrinária sobre o tema pode ser explicada pela ênfase que se concede ao princípio da conservação do negócio jurídico, que culmina por postergar qualquer medida da parte lesada apenas para o período posterior àquele que as partes convencionaram. Para evitar a concretização da lesão que já é razoavelmente esperada, conta o interessado com a tutela inibitória das obrigações de fazer ou de dar, elencadas no art. 461 do Código de Processo Civil. Exemplificando: um jogador de futebol subcreve contrato com determinada empresa para apresentar-se em um evento, mas divulga na imprensa a sua intenção em faltar. Certamente, a empresa poderá obter a tutela específica da obrigação de fazer, mediante a imposição persuasiva de *astreintes* (CPC, art. 461), ou, então, resolver antecipadamente o contrato, com cumulação sucessiva de perdas e danos, evitando prejuízos maiores no futuro.

## 12.6 O abuso de direito em concreto (aplicação prática)

A aplicação da teoria do abuso de direito se espraia por diferentes campos, inclusive transcendendo os limites do Direito Civil, para ganhar espaço no Direito Público, como no Direito Processual, Administrativo ou Internacional, por exemplo.

Efetivamente, é possível detectar ampla aplicação em sede civil, valendo enunciar, para fins de fixação da matéria, algumas hipóteses concretas: mudança de domicílio do genitor separado ou divorciado com o intuito de frustrar o direito de visitas do genitor não guardião;<sup>319</sup> envio de mensagens eletrônicas não solicitadas, por *e-mail* (*Internet*), apresentando produtos ou serviços para comercialização, periodicamente e, não raro, em grande quantidade (o chamado *spam*);<sup>320</sup> inserção pelo credor de cláusula proibitiva da segunda hipoteca em contrato hipotecário; a abertura pelo proprietário de poço em seu terreno com o fito de prejudicar nascente de água em prédio vizinho; e a utilização pelo titular da maioria do capital societário de expediente que não lhe confira vantagens, apenas para lesar o patrimônio dos sócios minoritários.<sup>321</sup>

<sup>319</sup> Já se decidiu nesse sentido: “Desde que a mãe diga para onde vai, pode ela fixar novo domicílio, levando os filhos, em qualquer parte do território nacional. Direito constitucional de locomoção. Ordem de *habeas corpus* deferida para suspender a determinação de retorno dos filhos, ora pacientes, à cidade de residência do pai, mantendo, por conseguinte, a guarda provisória com a mãe na cidade onde se encontra” (STJ, HC 7.670/BA, Rel. Min. Edson Vidigal, *LBJ* 203: 658). Assim também se manifesta a melhor doutrina, afirmando que “o cônjuge que detém a guarda dos filhos comuns não pode embarçar propositadamente o exercício do direito de visitas. Não se lhe impede, no entanto, a mudança de domicílio, até mesmo para outro Estado da Federação, desde que o objetivo único não seja a negação das visitas”, como obtempera INÁCIO CARVALHO NETO. Cf. *Abuso do Direito*, op. cit., p. 229-230.

<sup>320</sup> Para FLÁVIO TARTUCE, não sem razão, o *spam* “contraria o fim social e econômico da ‘grande rede’, o que já serviria para enquadrar a prática como abuso de direito ou ato emulativo” (“Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil”, op. cit., p. 108).

<sup>321</sup> Há precedente na jurisprudência fluminense reconhecendo que “de maneira geral, todas as decisões das assembleias de acionistas podem ser maculadas por abuso de direito, uma vez que não sejam tomadas no

No âmbito consumerista, é possível a configuração de publicidade (propaganda) abusiva,<sup>322</sup> inclusive com eventual responsabilidade do veículo de comunicação e da eventual celebridade que dela participou, como se fez referência anteriormente, no capítulo dedicado à análise do direito à imagem.

Outra prática abusiva extremamente comum no âmbito consumerista é a inserção de *cláusulas abusivas* nas relações contratuais. Conforme o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas abusivas são nulas de<sup>323</sup> pleno direito, quando nocivas, danosas, ao consumidor por evidenciar uma atuação antijurídica, contrária ao direito pelo fornecedor de produtos ou serviços.<sup>324</sup> Exemplo típico de cláusula abusiva nos contratos de consumo são as cláusulas de não indenizar, exonerando o fornecedor de qualquer responsabilidade por danos causados à parte vulnerável (o consumidor).

Até mesmo em sede processual estendeu-se a teoria do ato abusivo, reconhecida a possibilidade de exercício do direito de ação extrapolando os limites da juridicidade. É a chamada *lide temerária*. Veja-se, ilustrativamente:

“A opção pela via falimentar como meio de cobrança, em detrimento da via executiva, constitui, inúmeras vezes, abuso de direito, a merecer redobrada atenção do julgador,

---

interesse da sociedade, mas no interesse pessoal de um grupo de acionistas, ou para prejudicar a minoria” (TJ/RJ, Ac. 6ª Câ. Civ., Ac. 23.598, Rel. Des. Basileu Ribeiro Filho). INÁCIO DE CARVALHO NETO, citando HAENTZSEDCHEL, menciona interessante exemplo de abuso nas relações societárias: “Dois conhecidos, o Maior e o Menor, cada um proprietário de quatro apartamentos no mesmo prédio de doze unidades e no valor unitário de Cr\$ 125.000,00, fundam uma sociedade anônima capitalizando oito imóveis. A cada sócio cabem pois 500 mil ações do capital de um bilhão de cruzeiros. Tempos depois o valor dos imóveis evolui para Cr\$ 250.000,00 cada. Nessa ocasião, o Maior (que se recusou a distribuir a renda dos aluguéis, condição indispensável para o Menor) resolve o aumento de 100% do capital, baseado no valor nominal de Cr\$ 1,00. Desembolsa Cr\$ 1.000.000,00 em troca de um milhão de ações adicionais e, com esse dinheiro, a empresa compra os quatro apartamentos restantes no prédio ao preço atual (o Menor não subscreveu para não morrer de fome). Pois bem, detentor de 75% das ações do patrimônio, o Maior é agora indisputado proprietário de 9 dos 12 apartamentos ficando o Menor com os três restantes” (*Abuso do Direito*, op. cit., p. 248).

<sup>322</sup> Nesse diapasão já se disse em sede jurisprudencial: “Publicidade abusiva. Propaganda de tênis veiculada pela TV. Utilização da empatia da apresentadora. Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida. Ofensa ao art. 37, § 2º, do CDC. Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação” (TJ/SP, Ac. Unân., 3ª Câ. de Direito Público, Ap. Civ. 241.337-1 – Comarca de São Paulo, Rel. Des. Ribeiro Machado, j. 30.4.1996). A referência ao acórdão é feita por FLÁVIO TARTUCE. Cf. “Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil”, op. cit., p. 96.

<sup>323</sup> Já deliberou a Corte de Justiça fluminense ser abusiva a cláusula exonerativa aposta em contrato de consumo: “Incorporação. Entrega da obra. Retardo. Exoneração. Cláusula abusiva. O incorporador não pode eximir-se do dever de entregar a obra no prazo contratado, sob o fundamento de retardo no ‘habite-se’” (TJ/RJ, Ac. 17ª Câ. Civ., Ap. Civ. 2001.001.05658, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, j. 30.5.2001). Em outra oportunidade, entendeu o mesmo Sodalício que “a cláusula que exonera o fornecedor do cartão de qualquer responsabilidade em caso de roubo ou extravio até o momento da comunicação é de ser considerada nula, por seu conteúdo abusivo, já que o coloca em excessiva vantagem perante o consumidor” (TJ/RJ, Ap. Civ. 1999.001.3955, Rel. Des. Nilson de Castro Dião, j. 27.4.1999).

<sup>324</sup> “A existência de disposições negociais abusivas contrárias às normas do Código de Defesa do Consumidor e ao princípio da boa-fé objetiva demonstra a atuação do credor contrário ao direito, a produzir a invalidade jurídica das obrigações excessivas e a ineficácia das parcelas acessórias, das quais decorrem sua inexigibilidade e inimputabilidade ao devedor” (TJ/RS, Ac. 14ª Câ. Civ., Agr. Instr. 7000.2602415, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, j. 21.6.2001).

que não a deve prestigiar e estimular” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1712/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 9.4.1990, p. 2745).<sup>325</sup>

No âmbito das relações bancárias, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a simples cobrança de juros acima do patamar de 12% ao ano, por si só, não caracteriza a abusividade da conduta da instituição financeira, sendo necessária a análise dos demais fatores de cada relação negocial. Nessa esteira, consolidou-se entendimento na redação da Súmula 382, vazada em termos claros: “A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

---

<sup>325</sup> No mesmo sentido, veja-se ainda interessante acórdão do Pretório gaúcho: “O acesso à justiça, porque assegurado em norma constitucional, constitui conduta absolutamente lícita, e não acarreta responsabilidade, ainda que a pretensão seja repelida ao final. No entanto, excepcionalmente, tal conduta gera responsabilidade civil daquele que promoveu ação temerária, de forma leviana, capaz de ensejar medida causadora de sofrimento moral, ou desonrosa, como nos casos de arresto, busca e apreensão de bens ou pessoas” (TJ/RS, Ac. 9ª Câmara Cív., Ap. Cív. 7000.4252524, Rel. Desª Mara Larsen Chechi, j. 29.5.2002).

# VIII

## PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

### SUMÁRIO

1 Generalidades. 2 A prescrição. 2.1 Noções conceituais. 2.2 Natureza da prescrição e a possibilidade de renúncia. 2.3 A questão da *actio nata* e o início da contagem dos prazos prescricionais. 2.4 As causas suspensivas e impeditivas da prescrição. 2.5 As causas interruptivas da prescrição. 2.6 Alegação de prescrição. 2.7 Prescrição, pretensão, ação e exceção. 2.8 Prescrição intercorrente. 2.9 Prazos prescricionais. 2.10 Prescrição em matéria tributária. 2.11 A prescrição em sede de Direito Administrativo. 2.12 A prescrição na tutela jurisdicional coletiva (ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa). 3 A decadência. 3.1 Noções gerais. 3.2 Espécies de decadência. 3.3 Alegação da decadência. 4 Distinção entre prescrição e decadência. 5 Prescrição e decadência e o direito intertemporal. 6 Alguns prazos de prescrição e de decadência.

*“Eu vejo o futuro repetir o passado, vejo um museu  
de grandes novidades, o tempo não para.”*

(CAZUZA, *O tempo não para*,  
de CAZUZA e ARNALDO BRANDÃO)

*“Tempo rei, ó tempo rei, ó tempo rei, ensina-me,  
ó pai, o que eu ainda não sei.”*

(*Tempo Rei*,  
de GILBERTO GIL)



# 1

## GENERALIDADES

O decurso do tempo é um fenômeno inexorável.

Bem por isso, já se cantou, em passagem musical propícia: “*todos os dias quando acor-do, não tenho mais o tempo que passou, mas tenho muito tempo, temos todo o tempo do mundo*” (RUSSO, Renato, *Tempo perdido*).

ARNALDO RIZZARDO chega mesmo a promover uma digressão, expondo que “nada do que está no universo é imorredouro ou eterno. A grande angústia humana está na contingência ou limitação de tudo o que existe no mundo corpóreo e temporal. Por mais que se aperfeiçoe, o ser humano nunca transcenderá o tempo. A sua finitude revela-se com o passar dos dias”.<sup>1</sup>

Em linguagem poética, J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA corrobora da ideia: “O tempo não espera por ninguém. *O ontem é história. O amanhã é um mistério. O hoje é uma dádiva. Por isso é chamado de presente*”.<sup>2</sup>

Pois bem, a prescrição e a decadência são institutos que decorrem da projeção de efeitos jurídicos pelo decurso do tempo.

A manutenção indefinida de situações jurídicas pendentes, por lapsos temporais prolongados, importaria, sem dúvida, em total insegurança e constituiria uma fonte inesgotável de conflitos e de prejuízos diversos.<sup>3</sup> Consequentemente, surge a necessidade de controlar, temporalmente, o exercício de direitos, propiciando segurança jurídica e social.

Concretamente, a prescrição e a decadência enquadram-se na categoria dos fatos jurídicos (em sentido estrito) ordinários. É que, como visto alhures, um dos fenômenos produzidos pelo decurso do tempo é a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas, evidenciando a importância prática e teórica do tema.

Aliás, como o passar do tempo é uma realidade imutável para as relações humanas, vislumbra-se na prescrição e na decadência fenômenos jurídicos tendentes a conferir equilíbrio e segurança às relações jurídicas e às relações sociais como um todo. Até mesmo nas relações afetivas, já disse o grande poeta, que “*não seja imortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure...*”.

No ponto, convém articular, ademais, que a prescrição e a decadência trazem consigo um inescondível caráter de estabilização das relações jurídicas em respeito aos princípios e garantias constitucionais. É que os valores e garantias reconhecidos constitucionalmente são incompatíveis com a instabilidade propiciada pela possibilidade de exercício temporalmente ilimitado de direitos.

<sup>1</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 585.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito Civil: Teoria Geral*, op. cit., p. 1014.

<sup>3</sup> Raciocínio similar é apresentado por RICARDO RABINOVICH-BERKMAN. *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 797.

Exatamente nessa linha de intelecção, LUÍS ROBERTO BARROSO, grande constitucionalista contemporâneo, expõe, com aguda percepção, que no estado democrático de direito, “a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça. Para realizar a justiça, tanto material como formal, preveem-se diferentes mecanismos, que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promovê-la que se defende a supremacia da Constituição, o acesso ao Judiciário, o respeito a princípios como os da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica. A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Ab-rogam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações anteriormente controvertidas. Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. É nessa mesma ordem de ideias que se firmou e difundiu o conceito de prescrição (*e da decadência, por idêntico*), vale dizer, da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo”.<sup>4</sup>

Acrescente-se que, além da aproximação com o elemento *tempo*, a prescrição e a decadência também dizem respeito à *inércia do titular* de determinada relação jurídica. Equivale a dizer, além de fundar-se em aspecto objetivo, o decurso temporal também tem como suporte uma conduta omissiva do titular do direito em perecimento.

Nessa esteira, ALAN MARTINS e ANTONIO BORGES DE FIGUEIREDO percebem um duplo fundamento para os institutos da prescrição e decadência, observando tratar-se de um “fenômeno subjetivo e voluntário” (pela ótica da inércia do titular) e, igualmente, de um “fenômeno objetivo e fato jurídico *stricto sensu*, ambos funcionando como agentes extintivos de direitos” (considerando o transcurso do tempo).<sup>5</sup>

O Código Civil de 1916 não tratava sistemática e expressamente do instituto da decadência, trazendo em um só capítulo os prazos prescricionais e decadenciais, o que gerava perceptível confusão em sede doutrinária e jurisprudencial. Já o Código Civil de 2002, com propriedade e atendendo a antigos reclamos doutrinários, inovou na abordagem da matéria, tratando explicitamente da decadência, em seus arts. 207 a 211, e diferenciando os institutos. É a materialização do *paradigma da operabilidade*, uma das diretrizes da Codificação Reale, facilitando a utilização do nosso sistema jurídico. Assim, sem dúvida, “de modo mais harmônico”, foi orquestrada “uma composição de vários entendimentos já consagrados na doutrina e na jurisprudência, no sentido de reconciliar a lei com a *praxis* prescricional e decadencial”.<sup>6</sup>

Enfim, foi criado pela Codificação de 2002 um sistema conceitualmente coerente e dotado de melhor técnica do que o Código que lhe antecedeu.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99”, op. cit., p. 3.

<sup>5</sup> MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antonio Borges de. *Prescrição e Decadência no Direito Civil*, op. cit., p. 9.

<sup>6</sup> É o que percebe GUSTAVO KLOH MULLER NEVES. “Prescrição e Decadência no novo Código Civil”, op. cit., p. 427.

## 2 A PRESCRIÇÃO

### 2.1 Noções conceituais

Buscando as origens romanas do instituto da *prescrição*, RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN explica provir o instituto de antiquíssima figura latina, derivando a sua nomenclatura do fato de que, na Roma Antiga, certos prazos para o exercício de direitos eram “pré-escritos (quer dizer, colocados antes) pelos pretores (juízes antigos)”, limitando a reclamação de direitos subjetivos.<sup>7</sup>

Também incursionando pelas noções etimológicas, RENAN LOTUFO, lembrando a lição de ANTÔNIO LUIZ DA CÂMARA LEAL, confirma que *prescrição* deriva da locução latina *praescriptio*, com o significado de “escrever antes ou no começo”.<sup>8</sup>

A prescrição, portanto, desde priscas eras, diz respeito aos efeitos que o transcurso do tempo pode causar sobre os direitos subjetivos.

Desse modo, convém ressaltar que a prescrição tem de ser compreendida a partir de uma *dualidade conceitual*, servindo, a um só tempo, para extinguir situações jurídicas (*prescrição extintiva*) e para consolidar relações que se protraem, se perpetuam, no tempo (*prescrição aquisitiva*).<sup>9</sup>

No direito brasileiro, a *prescrição aquisitiva* foi tratada com o *nomen juris* de *usucapião*,<sup>10</sup> enquanto o termo vocabular *prescrição* ficou restrito para a *prescrição extintiva* (também chamada de *prescrição liberatória*). A importância da observação é para fixar que se aplicam ao instituto da usucapião (isto é, da prescrição aquisitiva) as regras legais da prescrição extintiva, como, por exemplo, as hipóteses de suspensão e de interrupção do prazo prescricional,<sup>11</sup> obstando a aquisição da propriedade em tais circunstâncias.<sup>12,13</sup>

Fixadas essas premissas, é de se estabelecer uma correlação entre a prescrição e os direitos subjetivos patrimoniais. É que, resgatando a lição imorredoura do Professor

<sup>7</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.. *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 797.

<sup>8</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 518.

<sup>9</sup> Também acolhem essa dualidade conceitual, além do direito brasileiro, os Códigos francês (art. 2.219), argentino (arts. 3.948 e 3.949) e austríaco (art. 1.451).

<sup>10</sup> É por isso que o art. 1.244 do Código Civil estabelece, *in verbis*, que “estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”.

<sup>11</sup> O Superior Tribunal de Justiça já chegou mesmo a observar que não estando contemplado no Código Civil como causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, “não interrompe o prazo para aquisição da propriedade por usucapião a ação reivindicatória julgada improcedente” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 149.186/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 4.11.2003).

<sup>12</sup> Para exemplificar, é possível lembrar que, não correndo prazo prescricional entre marido e mulher na constância do matrimônio, não pode um cônjuge usucapir um bem pertencente, exclusivamente, ao seu consorte enquanto durar o casamento. De idêntica maneira, considerando que não corre prescrição contra o absolutamente incapaz, não poderá ser adquirido, pela via da usucapião, um bem imóvel a ele pertencente.

<sup>13</sup> Abordando a hipótese, já se disse: “Se a ação de usucapião for promovida contra o espólio, onde um dos herdeiros é menor impúbere, não corre em favor do usucapiente a prescrição aquisitiva” (TA/PR, Ac. 3ª Câm. Cív., Ac. 348, Rel. Juiz Maranhão de Loyola).

paraibano AGNELO AMORIM FILHO, em texto escrito na década de 1960 e até hoje de indiscutível excelência,<sup>14</sup> somente estão submetidos aos prazos prescricionais os direitos subjetivos patrimoniais – isto é, aqueles que conferem ao titular uma *pretensão* de exigir de alguém um determinado comportamento. São aqueles direitos que permitem ao seu titular exigir de outrem um determinado comportamento, apreciável economicamente. Assim, não realizado, voluntariamente, o comportamento esperado, poderá o titular exercer a sua pretensão. Esclarece o mestre do belo Estado no qual o sol nasce primeiro em nosso país que somente os direitos sujeitos a uma prestação (ou seja, os direitos subjetivos) conduzem à prescrição, “pois somente eles são susceptíveis de lesão ou violação e somente eles dão origem à prescrição”, acrescentando que os direitos potestativos são “direitos sem pretensão”, não se submetendo, logicamente, à prescrição. Um exemplo esclarecedor pode ser lembrado com o direito de crédito: caso o devedor, espontaneamente, não honre a obrigação, poderá o credor exigir o pagamento, exercendo a sua pretensão.

Sob o ponto de vista processual, convém anotar, ainda, que somente as ações condenatórias podem sofrer os efeitos da prescrição, na medida em que constituem o único mecanismo de proteção dos direitos subjetivos patrimoniais. É o exemplo das ações de cobrança, de execução ou de reparação de danos.

Todavia, é certo e incontroverso que não se pode admitir, em nome da estabilidade e segurança das relações sociais e humanas, que os direitos subjetivos sejam exercitados indefinidamente, funcionando como uma espécie de espada de Dâmocles sobre aquele a quem se dirige a pretensão. Não se pode, concretamente, tolerar que o titular de um direito subjetivo o utilize como forma de chantagem, de ameaça, indefinidamente, contra outrem.

Relaciona-se a prescrição, obviamente, com os direitos subjetivos patrimoniais, em face da possibilidade de sua violação. Não se olvide que os direitos subjetivos extrapatrimoniais (como, por exemplo, a honra e a privacidade) são imprescritíveis, não havendo prazo para que sejam exigidos. Ilustrativamente, não há prazo para se exigir a cessação de uma violação à privacidade de alguém, mas há prazo para que se pretenda uma reparação pecuniária pelo dano sofrido.

Nesse desenho estrutural, surge a prescrição para delimitar um lapso temporal, a fim de que sejam exercitadas as pretensões decorrentes da titularidade de determinados direitos subjetivos patrimoniais pelo seu respectivo titular.

Seguindo, de certo modo, essas pegadas, o art. 189 do Texto Codificado afirma que a prescrição tem como objeto fulminar a pretensão do titular em reparar um direito (subjetivo) seu que foi violado. Diz, *in verbis*, o dispositivo legal: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Em suma-síntese: *a prescrição neutraliza a pretensão do titular de um direito subjetivo patrimonial, atacando a sua exigibilidade*.

<sup>14</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, op. cit., passim.

Atente-se, porém, para um detalhe da mais alta relevância. A prescrição não atinge o direito subjetivo em si mesmo. Até porque o devedor poderá, querendo, honrá-lo voluntariamente. Aliás, bastaria lembrar a possibilidade de pagamento de uma dívida prescrita. O direito subjetivo, portanto, se mantém. Apenas haverá uma neutralização da pretensão reconhecida ao titular desse direito subjetivo patrimonial. Equivale a dizer: a prescrição não fulmina o direito subjetivo em si, nem, tampouco, a pretensão que o garante; apenas e tão só *neutraliza a pretensão, sem destruí-la*. Daí perceber-se que, exaurido o prazo prescricional previsto em lei, o direito de fundo subsiste, porém o seu titular não mais pode exigir o seu cumprimento porque a pretensão restou neutralizada.

Em visão simbólica e didática, já se disse: “Utilizando como referência as imagens de uma arma e de um escudo, permitimo-nos viajar no tempo para ilustrar a situação de forma ampliativa: cena 1: é realizado o negócio jurídico. Um romano (credor) e um gladiador (devedor) adentram ao Coliseu (contrato). Aquele estuda o melhor momento de atacar o adversário, mas não está armado (ainda não houve o vencimento do débito). Cena 2: o devedor se torna inadimplente. Nesse instante, surge para o credor (romano) uma espada – a pretensão. Agora, ele pode atacar o gladiador. Cena 3: o romano (credor) procrastina na consumação do golpe (exercício da pretensão). Esta demora propicia ao devedor (gladiador) a possibilidade de se defender com um escudo. Com isto, pode evitar que a potência da espada lhe aniquile”.<sup>15</sup>

Em sendo assim, apesar da imperfeita redação do comando legal, é de se reconhecer que a prescrição não extingue o direito subjetivo, nem a sua pretensão. Apenas paralisa a eficácia dessa pretensão. Na mesma esteira, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR também instiga: “Não é o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas o direito de exigir em juízo a prestação inadimplida que fica comprometido pela prescrição”.<sup>16</sup>

De qualquer sorte, merece aplausos o art. 189 da Lei Civil por ter esclarecido que a prescrição não é – e não poderia ser – a perda do direito de ação (instituto de índole processual), mas sim a neutralização da pretensão (esta, sim, instituto de direito material). Confirma-se, assim, a natureza autônoma e abstrata do direito de ação, resguardado, inclusive, em sede constitucional como garantia fundamental, conforme menção do art. 5º, especificamente no inciso XXXV.<sup>17</sup>

Explique-se: se alguém, cujo direito (subjetivo patrimonial) foi violado, não o exercitar em determinado lapso temporal previsto em lei, não perderá o direito de ação (isto é, o poder de movimentar o Estado-Juiz), apenas sofrendo a neutralização da pretensão.

<sup>15</sup> ROSENVALD, Nelson. “Prescrição: da exceção à objeção”, op. cit., p. 182.

<sup>16</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, op. cit., p. 152.

<sup>17</sup> Não se justifica, por isso, a posição de MARIA HELENA DINIZ sustentando que a prescrição extintiva seria definida como a perda do direito de ação ou da própria ação. Cf. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 383. Afastando em definitivo o argumento, vale destacar que se o credor propuser uma ação de cobrança, depois de prescrita a dívida, o juiz julgará o pedido improcedente, extinguindo o processo com resolução de mérito, evidenciando que o direito de ação foi exercido, apenas reconhecendo-se a paralisação da pretensão que garante o direito material subjacente.

Aliás, tanto as pessoas naturais, quanto as pessoas jurídicas, sujeitam-se aos efeitos da prescrição, ativa ou passivamente, não havendo quem esteja liberto de sua incidência. Inclusive, a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr em desfavor de seu sucessor (CC, art. 196), a título universal ou singular, salvo em se tratando de absolutamente incapaz.

Partindo da análise estrutural da prescrição, não é difícil extrair a presença de seus elementos essenciais: (i) a existência de uma pretensão, que garante um direito subjetivo patrimonial e que possa ser alegada pelo titular; (ii) a inércia do titular dessa pretensão; (iii) a manutenção dessa inércia durante um determinado lapso de tempo, previsto, antecipadamente, no próprio sistema jurídico; (iv) a ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.<sup>18</sup>

## 2.2 Natureza da prescrição e a possibilidade de renúncia

Considerada a correlação da prescrição com os direitos subjetivos patrimoniais, facilmente, se depreende a sua natureza de ordem privada e, via de consequência, a possibilidade de renúncia.

Giza, *in litteris*, o art. 191 do *Code*: “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

A renúncia à prescrição implica, em termos práticos, em abdicação de patrimônio para uma parte (o devedor) e em acréscimo patrimonial para a contraparte (o credor). Ou seja, consumada a prescrição, o devedor tem o seu patrimônio acrescido e, vindo a renunciar à prescrição, estará se despojando da vantagem econômica anteriormente obtida. Por conta disso, a renúncia da prescrição exige a inexistência de prejuízo a terceiros (sob pena de fraude) e a capacidade do renunciante. De fato, como ressalta YUSSEF SAID CAHALI, “a renúncia da prescrição consumada, para ser válida, e tal como a confissão, deve ter sido feita por quem é capaz de dispor de direito; e se reputa irretratável”.<sup>19</sup> Essa irretratabilidade e irrevogabilidade da renúncia da prescrição decorrem de sua natureza de *ato jurídico em sentido estrito*, cujos efeitos decorrem de previsão legal.

Ademais, em se tratando de ato abdicativo de patrimônio, a sua interpretação há de ser restritiva, não sendo admissível ampliação da renúncia.

Aliás, bem por isso, restringe o Código o exercício do direito de renúncia, impondo que somente possa ocorrer depois de sua consumação, como estampa o art. 191 do *Codex*. Ou seja, só é possível renunciar à prescrição depois de sua efetiva ocorrência, não sendo admitida a renúncia de uma prescrição ainda não consumada. Até porque ninguém pode renunciar a algo que ainda não é seu. Por isso, é nula toda e qualquer

<sup>18</sup> Com o mesmo pensamento, MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 337, e GUSTAVO KLOH MULLER NEVES. “Prescrição e Decadência no novo Código Civil”, op. cit., p. 421.

<sup>19</sup> CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*, op. cit., p. 43.



cláusula contratual dispondo, antecipadamente, que as partes renunciam à prescrição que, eventualmente, lhes beneficiar.

Acresça-se que consequência lógica dessa impossibilidade de renúncia antecipada da prescrição é o fato de que os prazos prescricionais estão, necessariamente, previstos em lei e não podem ser alterados pela vontade das partes (CC, art. 192). Pouco interessa se “para mais” ou “para menos”, o certo é que a nossa legislação obsta a alteração dos prazos pela vontade dos envolvidos. A justificativa a essa impossibilidade de mudança dos prazos prescricionais pela vontade das partes reside no fato de que a sua alteração implicaria, por vias transversas, em uma renúncia antecipada à prescrição, o que é vedado pela legislação.

Vale frisar que a renúncia à prescrição pode ser expressa ou tácita. Aquela (a renúncia expressa) é a que decorre de uma manifestação de vontade externada pela parte beneficiada pela prescrição – o devedor. Seria o exemplo do réu que, no processo, peticiona, informando que pagará a dívida, embora já esteja prescrita. Esta (a renúncia tácita) se materializa quando o beneficiário da prescrição pratica atos com ela incompatíveis. Didaticamente, o Código Civil da Itália (art. 2.937), nessa mesma levada, afirma que a renúncia tácita resulta de fato incompatível com a vontade de se valer da prescrição. Um exemplo bastante claro é o pagamento de uma dívida prescrita.<sup>20</sup>

Outrossim, essa renúncia pode ser *judicial*, quando manifestada perante a autoridade judiciária, ou *extrajudicial*, na hipótese de ter ocorrido fora do juízo.

Observando, cuidadosamente, a natureza privada e disponível da prescrição (que, repita-se à saciedade, correlaciona-se com os direitos subjetivos patrimoniais), não se pode deixar de pontuar o lastimável equívoco do legislador em permitir que seja ela conhecida *ex officio* pelo juiz. Independentemente de qualquer justificativa com base na economia e celeridade processuais, é certo que a sua natureza privada e disponível não justificam o seu conhecimento de ofício. Todavia, com o advento da Lei nº 11.280/06 (que revogou o art. 194 do Código Civil de 2002 e alterou o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil), permitiu-se, não sem uma evidente estranheza, que o magistrado pudesse, *motu proprio*, conhecer a prescrição, apesar de imiscuir-se em relação nitidamente privada (patrimonial).

Aliás, convém anotar que o fato de ter o Código de Processo Civil permitido ao magistrado conhecer, *ex officio*, a prescrição não importou em alteração de sua natureza privada.<sup>21</sup> Tanto que continua sendo possível a renúncia à prescrição, por exemplo através do pagamento espontâneo de uma dívida prescrita. Trata-se de mera consequência da própria autonomia privada, decorrente da própria liberdade assegurada

<sup>20</sup> A Lei nº 8.112/90, que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, já estipulava, em seu comando 112, regra particular a respeito da prescrição, estabelecendo que ela não poderia ser renunciada pela Administração Pública. Veja-se: “A prescrição é de ordem pública (nesse caso, apenas, não se aplicando às situações jurídicas do direito privado em comum), não podendo ser relevada pela Administração”.

<sup>21</sup> Nesse sentido, FLÁVIO TARTUCE chega à conclusão de que a possibilidade de se conhecer de ofício a prescrição é, apenas, uma decorrência do direito fundamental ao razoável andamento do processo e à celeridade das ações judiciais. Cf. *Direito Civil*, op. cit., p. 428.

constitucionalmente. Nessa tocada, inclusive, foi editado o Enunciado 295 da Jornada de Direito Civil: “A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do Texto Codificado”.

Diante do que se expôs, já é possível sistematizar algumas características da prescrição:

- i) correlação com os direitos subjetivos patrimoniais, realçando a sua natureza privada e disponível;
- ii) (estranha) possibilidade de pronunciamento da prescrição de ofício pelo juiz ou por provocação da parte interessada ou do Ministério Público, a teor da redação do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil;
- iii) possibilidade de *renúncia* tácita ou expressa (que somente pode ocorrer após a sua consumação e desde que não prejudique a terceiros).

### 2.3 A questão da *actio nata* e o início da contagem dos prazos prescricionais

Questão de alta relevância prática e teórica diz respeito ao momento de início da fluência dos prazos prescricionais.

Em sede doutrinária,<sup>22</sup> partindo de referências históricas, foi sedimentado o entendimento de que o termo inicial da contagem dos lapsos prescricionais seria o surgimento da pretensão, por trazer consigo a exigibilidade do direito subjetivo. Chegou-se, inclusive, a afirmar no Enunciado 14 da Jornada de Direito Civil que “o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo”. Exemplificando: em se tratando do direito subjetivo de crédito, o prazo prescricional se iniciaria com o não pagamento da dívida na data do seu vencimento.

Contudo, a tese da *actio nata*, reconhecida jurisprudencialmente, melhor orienta a questão.

Efetivamente, o início da fluência do prazo prescricional deve decorrer não da violação, em si, a um direito subjetivo, mas, sim, do *conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular*.

Com isso, a boa-fé é prestigiada de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter tido conhecimento da lesão que lhe foi imposta. Até porque, e isso não se põe em dúvida, é absolutamente possível afrontar o direito subjetivo de alguém sem que o titular tenha imediato conhecimento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se fixou no sentido de acolher a tese da *actio nata*, sendo, inclusive, editada a Súmula 278, cuja redação é de clareza

<sup>22</sup> A respeito, sustenta PEDRO HENRIQUE DE MIRANDA ROSA que a prescrição começa a fluir a partir do momento em que a ação é admissível; portanto, naquelas obrigações condicionais ou a termo, somente começa a correr o prazo prescricional quando a condição se verificar ou quando o termo se consumir. Cf. *Direito Civil: Parte Geral e Teoria Geral das Obrigações*, op. cit., p. 174.

meridiana: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”. E mais esse *decisum* que tão bem explicita o entendimento do Pretório:

“Segundo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial do prazo prescricional das ações indenizatórias, em observância ao princípio da *actio nata*, é a data em que a lesão e os seus efeitos são constatados” (STJ, Ac. Unân., 2ª T., AgRgREsp 1.248.981/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 6.9.2012, DJE 14.9.2012).

No âmbito da relação de consumo, o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, louvando-se a toda evidência da teoria da *actio nata*, reconhece que o prazo prescricional de cinco anos para a propositura de ação de reparação de dano causado por acidente de consumo se inicia com o *conhecimento do dano e de sua autoria*.

## 2.4 As causas suspensivas e impeditivas da prescrição

Embora o elemento volitivo não tenha o condão de alterar o curso do prazo prescricional, ele pode ser *impedido*, *suspenso* ou *interrompido* em determinadas hipóteses, cuidadosamente previstas em lei.

Em breve resumo, a interrupção implica na inutilização do prazo prescricional em curso e, quando reiniciada a sua fluência, ele será integralmente reiniciado, voltando ao início, salvo a existência de previsão específica em lei (como, *verbi gratia*, o Decreto nº 20.910/32). A suspensão, por seu turno, gera a paralisação do prazo fluente no exato momento da ocorrência da causa, voltando a correr de onde tinha parado. Já as *causas impeditivas* evitam que a prescrição se inicie. Ou seja, pendente uma causa impeditiva, o prazo prescricional sequer se inicia.

Esclareça-se que, apesar de certa confusão do Código Civil, as *causas suspensivas* paralisam, temporariamente, o curso da prescrição, quando já se iniciou a fluência do prazo, enquanto as *causas impeditivas* obstam o começo da fluência prazal. De qualquer modo, é imprescindível registrar que a Lei Civil tratou ambas as hipóteses de forma uníssona. Estão, assim, previstas nos arts. 197, 198 e 199 da Codificação as causas *suspensivas* e *impeditivas*. Frise-se, à exaustão: se o prazo já se iniciou e advém uma das causas contempladas nos citados dispositivos legais (CC, arts. 197, 198 e 199), haverá *suspensão do curso prescricional* e, cessada a causa suspensiva, voltará o prazo a fluir, normalmente, de onde ficou estancado. A outro giro, se quando adveio a causa contemplada em lei, não havia iniciado a fluência prazal, continuará sem correr o lapso prescricional.

Em conformidade com a dicção codificada, as causas suspensivas ou impeditivas, todas com natureza *extrajudicial* (não decorrendo, de nenhum modo, de ato praticado em juízo), são as seguintes:

- i) entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Confirmando essa regra: “Prescrição. Prazo que não corre entre os cônjuges” (TJ/PR, Ac. Unân., 3ª Câ. Cív., Ap. Cív. 139117700 – Comarca de Coronel Vivida, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, j. 11.11.2003).

- ii) entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- iii) entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante o exercício da tutela ou da curatela;
- iv) contra os absolutamente incapazes (perceba-se, por conseguinte, que flui, normalmente, o prazo prescricional contra os relativamente incapazes);
- v) contra os ausentes do país em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios (não haverá paralisação do prazo prescricional contra aqueles que estão no exterior a passeio ou prestando serviços à iniciativa privada);
- vi) contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra (exclusivamente em período de guerra, não se aplicando em tempo de paz);
- vii) na pendência de condição suspensiva;
- viii) não estando vencido o prazo;
- ix) pendendo ação de evicção.

Vale o registro de que, embora o Código Civil não faça menção expressa, há de se entender que também não haverá curso do prazo prescricional na constância de união estável (entre companheiros), bem como entre os parceiros nas uniões homoafetivas, interpretando construtivamente o art. 197 da Lei Civil. É que a *ratio* da referida norma legal é, por evidente, a proteção do núcleo familiar, valendo lembrar que o art. 226 da *Lex Legum*, ao proclamar a *pluralidade das entidades familiares*, afirma contar a família, seja ela qual for, com uma *especial proteção do Estado*. Assim, explicita-se uma impossibilidade de discriminação entre os diferentes tipos de grupos familiares. É também o pensamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, inclusive, afirmando que “tendo em vista o que preceitua a Constituição de 1988 e o art. 1.723 do Código Civil, que reconhece como entidade familiar a união estável, parece razoável entender-se que a ela também se aplica a causa de suspensão da prescrição”.<sup>24</sup> Nesse diapasão, cimentou-se entendimento no Enunciado 296 da Jornada de Direito Civil: “Não corre prescrição entre os companheiros, na constância da união estável”.

De qualquer maneira, com a nova redação do art. 1.240-A do Código Civil, com o texto emprestado pela Lei nº 12.424/11, excepciona-se a regra geral da não fluência de prazos prescricionais entre cônjuges e companheiros.<sup>25</sup> É que se estabeleceu a possibilidade de *usucapião conjugal, entre cônjuges, companheiros e parceiros homoafetivos, durante a relação familiar, quando houver abandono de lar pelo prazo mínimo de dois anos*. Considerando que o usucapião nada mais é senão uma *prescrição aquisitiva* (submetida, por lógica, a todas as regras norteadoras da prescrição extintiva), nota-se que se excepcionou a regra

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. “Prescrição: questões relevantes e polêmicas”, op. cit., p. 96.

<sup>25</sup> Art. 1.240-A, Código Civil: “Aquele que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

geral, admitindo-se a fluência do prazo prescricional aquisitivo (usucaptivo) durante a relação conjugal, quando há separação de fato pelo período mínimo de dois anos.<sup>26</sup>

Noutro plano, convém pontuar que não corre prazo prescricional durante o exercício do poder familiar, por conta da evidente influência dos pais sobre os seus filhos. Por isso, seria inconveniente permitir que, para a preservação de seus direitos, se vissem os filhos obrigados a recorrer à ação judicial, sob pena de prescrição.<sup>27</sup> Dessa maneira, em se tratando de menor submetido ao poder familiar, o prazo prescricional somente terá início da data em que atingir a maioridade civil.<sup>28</sup> Aliás, convém lembrar que, em se tratando de menor submetido ao poder familiar, o prazo prescricional não flui antes da maioridade civil, afastando, com isso, a incidência do inciso I do art. 198 do Código Civil de 2002 que, por seu turno, afirma não correr a prescrição contra os *absolutamente incapazes*. Nesse caso, pouco interessa se o menor é absoluta ou relativamente incapaz, pois, em uma hipótese ou na outra, estando sob o poder familiar, não correrá prescrição, consoante a orientação do inciso II do art. 197 do mesmo Diploma Legal.

Indo mais longe, é relevante anotar que sequer a emancipação autorizaria a fluência do prazo prescricional. Isso porque a emancipação não isenta os pais do menor emancipado das responsabilidades decorrentes do poder familiar. Em sendo assim, mantém-se o impedimento de fluência dos prazos prescricionais mesmo se houve emancipação voluntária do adolescente. Do contrário, os pais poderiam emancipar os seus rebentos com o intuito de permitir a fluência da prescrição, com evidente prejuízo para o menor.

Também se impõe fazer referência aos *ausentes declarados judicialmente*. Consoante a compreensão sedimentada no Enunciado 156 da Jornada de Direito Civil, “desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente”.

Outra questão merecedora de registro concerne à suspensão ou impedimento da prescrição contra os que estão a serviço das “Forças Armadas, em tempo de guerra”, mencionada no inciso III do art. 198 da Lei Civil. Com efeito, promovendo uma interpretação racional e construtiva do citado dispositivo legal, não é difícil concluir a necessidade de se considerar *em guerra* o militar (ou civil que esteja à disposição das Forças Armadas, como médicos e enfermeiros) que integre forças multinacionais ou organismos internacionais de paz, apesar de não se tratar, a rigor, de uma guerra.

Acrescente-se que quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, antes da respectiva sentença definitiva também não fluirá o prazo prescricional, a teor do que determina o art. 200 da Codificação. Com isso, pretende a Codificação

<sup>26</sup> Para maior aprofundamento sobre o instituto do usucapião conjugal, também chamado de usucapião por abandono de lar, remetemos ao nosso *Curso de Direito Civil*: Reais, notadamente, p. 464.

<sup>27</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, op. cit., p. 337.

<sup>28</sup> “De acordo com o art. 197, II, do Código Civil de 2002, não corre prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar. Assim, o prazo prescricional só passará a contar a partir da data em que a alimentanda atingir a maioridade” (TJ/RS, Ac. 7ª Câmara Cív., Ap. Cív. 70009900721, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 1.12.2004).

garantir à vítima de um fato criminoso o direito de aguardar a manifestação do juízo criminal, somente adotando providências executivas no juízo cível (através da chamada ação civil *ex delicto*) após o trânsito em julgado da decisão penal.

Além das causas suspensivas/impeditivas expressamente contempladas em lei, convém a lembrança de que a Súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça reconhece que “o pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”, o que se harmoniza com a boa-fé objetiva.

## 2.5 As causas interruptivas da prescrição

De outra banda, as *causas interruptivas* dizem respeito a circunstâncias que possuem o condão de inutilizar o lapso prescricional já iniciado. Ou seja, havendo uma causa interruptiva, o prazo prescricional já fluído é aniquilado, voltando, quando cessada a causa interruptiva, a correr do seu início (recomeçará). E mais, “o novo prazo que reinicia a correr é o mesmo previsto para a prescrição da ação. Nova contagem deve fazer-se, observando o mesmo prazo”, nas palavras de ARNALDO RIZZARDO.<sup>29</sup>

Convém registrar que as causas interruptivas, *grosso modo*, concernem a atos praticados judicialmente.

A interrupção ocorrerá, nos termos do citado art. 202 do Texto Codificado, nas seguintes hipóteses:

- i) *por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual* – trata-se de despacho judicial realizando um juízo de admissibilidade positivo da causa, admitindo a formação da relação jurídica processual e determinando a citação do réu. É o famoso despacho “cite-se o réu”.<sup>30</sup> Assim, são modificadas as regras dos arts. 219 e 617 do Código de Processo Civil, que afirmavam decorrer a interrupção da prescrição com a citação válida. De qualquer sorte, fica mantida a regra do § 1º do art. 219 do Código Instrumental, esclarecendo que a interrupção do prazo prescricional, decorrente do despacho judicial, *retroage à data da propositura da ação*, impedindo que o interessado seja prejudicado pela demora do magistrado em despachar o processo.<sup>31</sup> Aliás, seria, realmente, incoerente que a prescrição somente se interrompesse com a citação do réu, impondo ao autor um prejuízo decorrente da demora do Poder Judiciário em efetivar a convocação do demandado. Com isso, é possível afirmar que, sob o ponto de vista prático, a interrupção da prescrição ocorre com a *citação válida, retroagindo até a data da propositura da ação*. A outro

<sup>29</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 620.

<sup>30</sup> Percebe FREDIE DIDIER JÚNIOR não ser qualquer despacho liminar que interrompe a prescrição. “É necessário que o magistrado tenha feito um juízo positivo, ainda que prévio/precário, da admissibilidade da causa (verificação da existência das condições da ação e pressupostos processuais), convocando o réu ao processo” (*Regras processuais no novo Código Civil*, op. cit., p. 10).

<sup>31</sup> Acolhendo exatamente essa ponderação, cristalizou-se entendimento na Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.



giro, em se tratando de *citação inválida*, não haverá interrupção do prazo prescricional.<sup>32</sup> Isso porque somente a *citação válida* interrompe a prescrição, mesmo que determinada em processo que termine sendo extinto, sem resolução meritória.<sup>33</sup> Lembre-se, ainda, que no processo do trabalho e nos Juizados Especiais Cíveis, onde não há despacho liminar, a interrupção se realiza, diretamente, com a simples propositura da demanda. Com isso, é irrelevante se o processo será extinto com ou sem resolução de mérito. O que importa é que, em sede trabalhista e nos Juizados Especiais Cíveis, a simples propositura da demanda, por si só, já serve para a interrupção do prazo prescricional. Por isso, inclusive, foi editada a Súmula 268 do Tribunal Superior do Trabalho, confirmando que “a ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos”. Acresça-se, demais disso, que mesmo vindo o processo a ser extinto sem resolução de mérito, haverá a interrupção do prazo prescricional pela citação promovida, não se exigindo a apreciação do mérito para que se confirme a interrupção prescricional.<sup>34</sup>

- ii) *por protesto, nas condições do inciso antecedente* – isto é, na ação – cautelar – de protesto, ajuizada contra o devedor. Segue, fundamentalmente, as mesmas diretrizes da hipótese do inciso anterior.
- iii) *por protesto cambial* – aqui, a referência é feita ao protesto realizado extrajudicialmente e que serve como prova da impontualidade do devedor.<sup>35</sup> No ponto, convém lembrar que, com o advento da Lei nº 9.492/97, foi admitido o protesto em cartório de quaisquer documentos comprobatórios de dívidas, mesmo que não configurem títulos de crédito, ampliando a possibilidade.
- iv) *pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores* – trata-se de simples habilitação do interessado no processo de inventário, para a partilha de bens deixados por pessoa falecida, ou em procedimento judicial de falência ou insolvência civil.
- v) *por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor* – o dispositivo legal em apreço tem incidência, inclusive, nas obrigações empresariais.
- vi) *por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor* – nessa hipótese, o melhor exemplo, sem dúvida, seria uma

<sup>32</sup> Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça: “3. A citação nula não tem o condão de interromper a prescrição. Precedente do STJ” (STJ, Ac. 1ª Seção, REsp. 863.380/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 29.2.2012, DJe 13.4.2012).

<sup>33</sup> Veja-se que a Corte Superior já firmou a mesma orientação: “A citação válida, ainda que realizada em processo extinto sem resolução do mérito, ressalvadas as hipóteses de inação do Autor, previstas nos incisos II e III do art. 267 do Código de Processo Civil, constitui causa interruptiva do prazo prescricional, que reinicia seu curso a partir do último ato do processo. Precedentes do STJ” (STJ, Ac. Unân., 5ª T., AgRgREsp 1.143.254/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 2.2.2012, DJe 13.2.2012).

<sup>34</sup> Nessa levada, a Súmula 268 do Tribunal Superior do Trabalho: “A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos”.

<sup>35</sup> Em razão da nova redação do inciso III do art. 202 do Código Civil, está superado o entendimento consagrado na Súmula 153 do Supremo Tribunal Federal: “Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição”.

confissão de dívida realizada, pelo devedor, através de um documento público ou privado.

Uma vez interrompida a prescrição, voltará a fluir o prazo a partir da data do ato que a interrompeu (nas hipóteses de protesto cambial e confissão de dívida) ou do último ato do processo (para as hipóteses judiciais de interrupção), como reza o parágrafo único do art. 202 da Codificação Reale. Exemplificando: se alguém sofreu colisão em seu veículo e, pretendendo cobrar do autor do fato indenização pelos danos sofridos, propõe a ação reparatória dois anos depois do fato, haverá, com o despacho do juiz no processo mandando citar o réu, interrupção do prazo (CC, art. 202, I). Quando ocorrer o último ato do processo, que é a formação da coisa julgada (qualidade que reveste os efeitos que decorrem de uma decisão judicial contra a qual não mais cabe recurso), voltará a fluir o prazo prescricional, retornando ao início. Ou seja, considerando que o prazo prescricional nesse caso exemplificado é de três anos, significa que a parte autora terá, agora, três anos para propor ação de execução para concretizar o seu direito reparatório que foi reconhecido na sentença.

No ponto, é conveniente apontar que proposta a ação, a demora do magistrado em proferir o despacho não poderá prejudicar a parte interessada, como já foi reconhecido pela reiterada jurisprudência superior brasileira: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súmula 106, STJ).

Aliás, é importante salientar que a interrupção da prescrição, por força da novidade introduzida no art. 202 do Código Civil, *somente poderá ocorrer uma única vez*, o que se apresenta excessivamente vantajoso para o devedor.<sup>36</sup>

A propósito do tema, frise-se que, apesar do silêncio da norma legal, afigura-se-nos evidente que *a interrupção única somente atinge as causas extrajudiciais* (o protesto cambial e a confissão de dívida), não sendo possível incidir sobre as hipóteses judiciais interruptivas.

Com esse espírito, ARRUDA ALVIM esclarece: “O entendimento que parece ser o correto é o de que a interrupção, que só pode ser feita uma vez, refere-se à interrupção fora do âmbito do processo (ainda que concordemos que poderia ser aparentemente argumento contrário, qual seja, o de que no inciso I do art. 202 se trata de interrupção no processo, previsão essa que está no mesmo patamar e com aparente identidade de função relativamente às outras hipóteses). Entendemos que a interrupção feita fora do processo é que pode ser feita somente uma vez. Sendo assim, interrompida a prescrição no caso do inciso III, por protesto cambial, pode ser promovida a ação de execução, e, com a citação, será, novamente, interrompida a prescrição, e, no curso do processo, aplicar-se-á o parágrafo único do art. 202, 2ª parte (‘a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper’);

<sup>36</sup> ALAN MARTINS e ANTONIO BORGES DE FIGUEIREDO imaginam a situação de um devedor que reconhece a mesma dívida várias vezes, através de documentos diversos, esclarecendo que “havendo vários reconhecimentos sucessivos da mesma dívida, apenas o primeiro deles é causa interruptiva, os demais não” (*Prescrição e Decadência no Direito Civil*, op. cit., p. 44).

ou seja, a cada ato do processo interrompe-se novamente”.<sup>37</sup> Em abono a essa argumentação, acresça-se, outrossim, que o mais relevante propósito da interrupção da prescrição fora do processo é, exatamente, tender à propositura da ação – o que corrobora do entendimento defendido.

Até mesmo porque em se tratando de causa interruptiva judicial, a paralisação prazal única a que alude o dispositivo legal somente poderia dizer respeito a cada tipo de pretensão, uma vez que a pretensão executória tem autonomia, contando com o mesmo prazo da pretensão cognitiva. Veja-se, a propósito, o teor da Súmula 150 do Pretório Excelso, que já confirmava:

Súmula 150, Supremo Tribunal Federal:

“Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.”

A prescrição poderá ser interrompida por qualquer interessado (CC, art. 203), alargando o espectro de legitimados. Exemplo interessante pode ser apresentado, lembrando do herdeiro do credor ou mesmo do credor do credor, que possuem interesse jurídico, podendo interromper o curso do prazo prescricional.

Considerando, ademais, que os efeitos da prescrição são pessoais, a sua interrupção por um credor não aproveita aos demais, assim como, reciprocamente, promovida contra um devedor, não prejudica os demais. É o que emana, inclusive, do art. 204 do Estatuto Civil. Flexibiliza-se, no entanto, a regra quando se tratar de obrigação solidária, estendendo-se, pois, a prescrição por todos os interessados.<sup>38</sup>

Já no caso de fiança, a interrupção do lapso prescricional contra o devedor principal prejudica, também, o fiador, em face do caráter acessório do contrato de fiança (CC, art. 204, § 3º).

Arrematando, vale destacar que, de ordinário, as causas suspensivas, impeditivas e interruptivas da prescrição estão elencadas em lei.<sup>39</sup>

Em apertado resumo, vale concatenar as ideias apresentadas neste tópico, esclarecendo que as causas interruptivas dizem respeito a atos judiciais (além das hipóteses de protesto cambial e confissão de dívida), enquanto as causas suspensivas/impeditivas concernem a atos não judiciais.

## 2.6 Alegação de prescrição

A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita (CC, art. 193). Muito embora deva o réu, na primeira oportunidade que tenha

<sup>37</sup> ARRUDA ALVIM. “Da prescrição intercorrente”, op. cit., p. 36. E arremata o ilustre processualista bandeirante: “Outro raciocínio, por isso mesmo – na imensa maioria das hipóteses –, reduziria à inutilidade essa interrupção ocorrida fora do processo”.

<sup>38</sup> No mesmo sentido, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 480.

<sup>39</sup> Colhe-se em nossa jurisprudência aresto, corretamente, confirmando esse entendimento: “A prisão do autor não é causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva de prescrição. Apelo não provido” (TJ/RS, Ac. 20ª Câ. Cív., Ap. Cív. 7000.6408983 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. José Conrado de Souza Jr., j. 13.8.2003).

para se manifestar no processo, alegar toda a matéria defensiva, é possível suscitar a prescrição a qualquer tempo, inclusive em grau recursal, dès que nas vias ordinárias.<sup>40</sup>

Por evidente, não poderá ser arguida nas instâncias extraordinárias (ou seja, em sede de recurso especial, de revista ou extraordinário, dirigidos, respectivamente, ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior do Trabalho ou ao Supremo Tribunal Federal), pois implicaria em inovação na lide, violando a exigência de prequestionamento da matéria, imposta pelo Texto Constitucional. Assim, nas instâncias excepcionais, de regra, somente será possível discutir a prescrição quando já tiver sido objeto de provocação e deliberação judicial anterior.<sup>41</sup>

Já foi editada, por isso, a Súmula 153 do Tribunal Superior do Trabalho, confirmando essa compreensão: “Não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária”.

Em síntese: a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo e nos dois graus ordinários de jurisdição, perante o órgão monocrático de justiça ou no tribunal respectivo, somente sendo discutível em sede excepcional (recurso extraordinário, especial ou de revista) quando houve o necessário prequestionamento, exigido constitucionalmente para a admissibilidade de tais recursos de fundamentação vinculada.

No entanto, é preciso sublinhar a possibilidade de discutir a prescrição não tratada anteriormente, em sede de recursos excepcionais, por força do *efeito translativo dos recursos* (também chamado de *expansivo* por alguns). É que, a partir da linha de compreensão do art. 516 do Código de Processo Civil, admitido um recurso excepcional (extraordinário, especial ou de revista) porque presentes os seus pressupostos específicos, será possível conhecer e julgar toda e qualquer matéria de mérito. Equivale a dizer: admitido um recurso excepcional, estará aberta uma nova instância, autorizando a discussão de toda e qualquer matéria meritória, inclusive a prescrição que ainda não havia sido cogitada e que pode ser conhecida de ofício pelo julgador. A título de ilustração, demonstrando em concreto a tese, bastaria pensar em um recurso extraordinário, especial ou de revista que foi admitido para discutir a falta de fundamentação da sentença, por exemplo. Considerando que ao passar pelo juízo de admissibilidade (juízo de prelibação), o recurso abriu uma nova instância, será possível ao Tribunal Superior respectivo conhecer a prescrição, mesmo que não tivesse sido ventilada, anteriormente, na causa, por conta do efeito expansivo recursal – que abriu inteiramente o mérito, no que tange às matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> É bem verdade que, deixando de alegar a prescrição que lhe favorecia na primeira oportunidade de apresentar manifestação, deverá o réu arcar com as despesas supervenientes, como estabelece o art. 22 do Código de Processo Civil. Daí o comentário, sempre preciso, do saudoso mestre J. J. CALMON DE PASSOS, no sentido de que a arguição da prescrição fora da oportunidade de defesa *implica apenas em sanção processual do arguente retardatário; o tê-lo feito a destempo ou capciosamente é problema de ordem disciplinar*. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 291.

<sup>41</sup> O Pretório Excelso vem confirmando essa orientação. Afirma, inclusive, que se a provocação da parte a respeito da prescrição não foi decidida no tribunal de origem, deve ser interposto o recurso de embargos de declaração (CPC, art. 535), para forçar a manifestação judicial e, por conseguinte, o prequestionamento. Veja-se, a respeito, a Súmula 356 do Supremo Tribunal Federal: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

<sup>42</sup> Apregoando tese bem próxima, YUSSEF SAID CAHALI registra que “superado o juízo de admissibilidade em função de diversa matéria que teria sido prequestionada, então sim, com a subida dos autos, não encontramos

Merece destaque, ainda, o fato de que a alegação de prescrição pode se dar em qualquer tipo de processo, seja de conhecimento, seja de execução. Aliás, até mesmo no processo cautelar é possível o reconhecimento da prescrição ou da decadência, como informa o art. 810 do Código de Processo Civil.

Frise-se, tão somente, que no processo executório a prescrição que pode ser suscitada é, apenas, em relação à pretensão executiva (prescrição superveniente à sentença), como reza o Código de Processo Civil, em seu art. 741, VI. De qualquer sorte, tal alegação de prescrição poderá ser formulada tanto nos embargos à execução, na fase de penhora, quanto em momento posterior, antes, é claro, da conclusão procedimental.

Vale registrar, ademais, que o juiz poderá pronunciar de ofício a prescrição, de acordo com o (estranho!) entendimento do art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, que, assim, revogou, expressamente, o art. 194 do Estatuto Civil.<sup>43</sup> Tentando buscar uma razão para a permissão do conhecimento de ofício da prescrição pelo juiz, parece que o legislador pretendeu homenagear o princípio da efetividade do processo, evitando que a parte seja prejudicada pela inércia de seu advogado ou representante. Pensamos que a opção legislativa não foi das mais acertadas, chegando mesmo a atentar, frontalmente, contra a diretriz da eticidade, tão cara à Codificação de 2002 e que permeia as relações de direito privado.

Desse modo, a prescrição, apesar de dizer respeito a interesses patrimoniais e ter natureza disponível, poderá ser conhecida *ex officio* pelo magistrado, em qualquer circunstância. É o direito processual e o direito material em profunda desarmonia. É, enfim, a ciência jurídica tentando transformar o quadrado em redondo e o preto em branco. Exatamente por isso, não nos parece ter andado bem o legislador, imiscuindo-se em atividade nitidamente particular, que somente diz respeito ao interesse das partes:<sup>44</sup>

---

óbice a que a superior instância possa pronunciar de ofício a prescrição, como se entendia quanto à decadência” (*Prescrição e decadência*, op. cit., p. 52). Também FREDIE DIDIER JÚNIOR: “Para fins de impugnação, somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento, porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de ordem pública” (*Regras Processuais no novo Código Civil*, op. cit., p. 19).

<sup>43</sup> A referida norma está em rota de colisão com o direito lusitano (Código Civil de Portugal, art. 303), italiano (Código Civil da Itália, art. 2.938), alemão (*BGB* § 222), francês (Código Civil Napoleônico, art. 2.223) e portenho (Código Civil da Argentina, art. 3.964).

<sup>44</sup> Já há quem afirme, como, por exemplo, ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR, que a possibilidade de o juiz reconhecer, de ofício, a prescrição é de duvidosa constitucionalidade, eis que os critérios para valorar a intervenção estatal no âmbito das relações privadas patrimoniais estão previstos no art. 170 da CF/88, que, ao seu turno, consagra a regra da livre iniciativa. Assim, “mostra-se de patente inconstitucionalidade a previsão legal no sentido de que o Estado possa, no exercício da função jurisdicional, negar ao particular a satisfação de um crédito patrimonial existente, válido e eficaz, exercendo e declarando uma exceção de direito material que o devedor escolheu por não opor e causando-lhe um prejuízo financeiro devidamente imotivado. Tem-se em situação como esta indubitosa quebra da imparcialidade da jurisdição, através da intervenção na atividade econômica que não se submete às hipóteses de normatização e regulação. Pelo contrário, o Poder Público aqui investe o seu agente judicante do dever de beneficiar uma das partes em detrimento da outra, desequilibrando a relação de direito material sem o pressuposto de uma efetiva nota de hipossuficiência, que poderia legitimar tal interventio” (“Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei nº 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro”, op. cit., p. 290).

será que em nome de uma incansável busca pela efetividade do processo e do fim da tramitação demorada de milhares de processos (nos quais se antevê a possibilidade de arguição de prescrição), pode o ordenamento transformar o justo em injusto e o ético em inseguro?<sup>45</sup> A resposta, certamente, é negativa.

Esse reconhecido da prescrição de ofício pelo julgador representa, ademais, uma nítida mitigação do princípio dispositivo, do art. 2º do Código de Processo Civil, que consagra a regra da inércia (*nemo iudex ex officio*), permitindo, excepcionalmente, que o juiz conheça de ofício matéria que diz respeito a interesse particular.

Aliás, permitido o conhecimento oficioso da prescrição, possibilitar-se-ia o manejo do recurso de embargos de declaração (CPC, art. 535), a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, pela parte interessada contra a eventual omissão do julgador que deixou de reconhecer a prescrição, mesmo quando ela não foi, antes, suscitada.

Não se pense, contudo, que a permissão para que o juiz conheça de ofício a prescrição modificaria a possibilidade de sua renúncia, prevista no art. 191 da Lei Civil, tornando o instituto de interesse público. Providenciando uma compatibilização entre os referidos dispositivos legais (CPC, art. 219, e CC, art. 194), infere-se, com tranquilidade, em necessária interpretação restritiva (já que se trata de norma legal excepcional), que as consequências que decorrem do permissivo ao juiz se projetam, tão só, no âmbito processual, não produzindo consectários materiais. Assim, a prescrição continua admitindo renúncia, conquanto o juiz possa conhecê-la de ofício.<sup>46</sup>

Nesse diapasão, foi editado o Enunciado 295 da Jornada de Direito Civil afirmando, textualmente, que “a revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei nº 11.280/06, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia, admitida no art. 191 do Texto Codificado”.

É preciso, ainda, registrar que, em respeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, antes de conhecer a prescrição de ofício, deverá o julgador cientificar as partes. Não poderá, a toda evidência, pronunciá-la sem antes intimar as partes, até mesmo porque poderá ter ocorrido renúncia (expressa ou tácita) ou mesmo alguma causa interruptiva ou suspensiva. De fato, não é adequado o indeferimento oficioso da inicial porque o *magistrado não possui uma bola de cristal para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas do curso da prescrição*.<sup>47</sup> Em sendo assim, caso o juiz reconheça a prescrição de ofício, em sentença de improcedência *prima facie*, sem oportunizar às partes (em especial ao próprio autor) um momento para a apresentação de eventuais argumentos contrários, haverá evidente afronta à garantia constitucional do contraditório, o que torna nula a decisão. O Superior Tribunal de Justiça,

<sup>45</sup> ROSENVALD, Nelson. “Prescrição: da exceção à objeção”, op. cit., p. 194.

<sup>46</sup> Com o mesmo pensar, consulte-se RODRIGO MAZZEI que, em oportuna abordagem, afirma que a modificação legislativa (que permitiu ao juiz conhecer a prescrição de ofício) “somente pode ser aplicada para fins processuais, não atingindo o instituto da prescrição em sua célula de direito material” (*Reforma do CPC*, op. cit., p. 432).

<sup>47</sup> ROSENVALD, Nelson. “Prescrição: da exceção à objeção”, op. cit., p. 190.



inclusive, vem abraçando esse entendimento e exigindo a cientificação das partes para o conhecimento *ex officio* da prescrição.<sup>48,49</sup>

Importante frisar que, além do autor (que é o credor), deverá ser intimado, também, o réu (o devedor e, por conseguinte, o beneficiário do reconhecimento pelo juiz da prescrição), uma vez que este poderá ter algum interesse jurídico a ponderar, podendo, inclusive, se objetar ao reconhecimento *ex officio* da prescrição. Com efeito, como o art. 940 do Código Civil permite que o devedor que seja demandado por dívida já paga no todo ou em parte tenha direito a uma indenização, é possível observar que o réu de uma ação pode ter interesse jurídico em não ver reconhecida a prescrição, obtendo uma sentença que afirme a ocorrência de cobrança indevida, por exemplo, para que faça jus a uma indenização. Por isso, RODRIGO MAZZEI esclarece não se tratar “de um simples ‘capricho’ a intimação prévia daquele que se beneficia com a prescrição. Ao revés, suprimir a oitiva do réu poderá importar em prejuízo que envolve o direito material deste”.<sup>50</sup>

Pois bem, conforme demonstrado à saciedade, a modificação legislativa não foi, efetivamente, das mais lógicas e coerentes. Procurando emprestar, de qualquer sorte, uma interpretação mais adequada ao que consta do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, defendemos a possibilidade de ponderação dos direitos fundamentais de credores e devedores em cada caso concreto, de modo a admitir, ou não, o conhecimento de ofício da prescrição. Assim, a constatação oficiosa da prescrição não poderia restringir prerrogativas fundamentais do autor.

Exatamente na trilha dessa ponderação proposta, a jurisprudência trabalhista vem, corretamente, afirmando a inaplicabilidade do reconhecimento *ex officio* da prescrição no processo do trabalho, deliberando a impossibilidade de seu conhecimento pelo próprio juiz do trabalho em desfavor do empregado, em face da incompatibilidade com o sistema protetivo trabalhista.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> “Recurso Especial. Tributário. Prescrição. Decretação *ex officio*. Prévia oitiva da Fazenda Pública. Nulidade. Inexistente. Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O magistrado possui bola de cristal para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição? (Nelson Rosenvald, in “Prescrição: da exceção à objeção”, *In Leituras Complementares de Direito Civil*, Cristiano Chaves de Farias – coord., Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 190). A prévia oitiva da Fazenda Pública é requisito para a decretação da prescrição[...] Deve-se interpretar sistematicamente a norma processual que autoriza o juiz decretar *ex officio* a prescrição e a existência de causas interruptivas ou suspensivas do prazo que não podem ser identificadas pelo magistrado apenas à luz dos elementos constantes do processo” (STJ, Ac. 2ª T., REsp. 1.005.209/RJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 8.4.2008, DJU 22.4.2008, p. 1).

<sup>49</sup> No seio doutrinário, já se colhem outros importantes posicionamentos como o de LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI, defendendo, por igual, a necessária compatibilização do conhecimento de ofício da prescrição pelo juiz com a possibilidade de renúncia e propondo que o magistrado, antes de decretar a prescrição, abra vistas do processo às partes, intimando acerca de sua constatação. Cf. *Curso Avançado de Processo Civil*, op. cit., p. 292.

<sup>50</sup> MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*, op. cit., p. 436.

<sup>51</sup> TRT – 3ª Região, Ac. Unân., 1ª T., RO 81.2006.029.03.00.7, Rel. Des. Manuel Cândido Rodrigues, j. 14.11.2006. Colhe-se do aresto ser inaplicável ao processo trabalhista a nova regra do direito comum (permissão para que o juiz conheça de ofício a prescrição) “em face de sua incompatibilidade com os princípios que informam o Direito do Trabalho, sob pena de comprometer-se a própria essência da função teleológica desse ramo jurídico especializado”. E mais: “No confronto com a relação de direito civil, a relação trabalhista apresenta esta peculiaridade: a prescrição não beneficia um devedor de qualquer espécie, mas apenas um

Também merece registro a possibilidade de o juiz conhecer de ofício a prescrição intercorrente, como consequência da modificação implementada no Código de Processo Civil (art. 219). Aliás, aponte-se que, mesmo antes da reforma processual, a Lei nº 6.830/80 – Lei de Execuções Fiscais, notadamente em seu art. 40, § 4º (com a redação que lhe foi emprestada pela Lei nº 11.051/04), já autorizava ao magistrado conhecer a prescrição intercorrente no âmbito dos executivos fiscais, após a audição da Fazenda Pública. Em respeito e obediência ao preceito constitucional do devido processo legal, é de se apontar que a intimação não pode ser, apenas, da Fazenda Pública, exigindo-se, por igual, que seja cientificada a parte adversa.

Quanto ao Ministério Público, é de se afirmar, agora, a possibilidade de suscitar a ocorrência de prescrição em qualquer caso, seguindo a trilha do entendimento antes exposto, independentemente de se tratar, ou não, de interesses de incapaz.

## 2.7 Prescrição, pretensão, ação e exceção

Como observado alhures, a prescrição fulmina a pretensão de propugnar a reparação de um direito subjetivo patrimonial violado no todo ou em parte. Não atinge, efetivamente, o direito de ação, assegurado pela Constituição da República como um direito fundamental (art. 5º, XXXV).

É preciso, nesse ambiente, lembrar que o titular de um direito subjetivo violado – ou simplesmente ameaçado de violação – pode recorrer à tutela jurisdicional, através de uma *ação*, com o propósito de obter proteção.

Todavia, não se pode olvidar a possibilidade de ocorrer o contrário. Ou seja, o titular de um direito subjetivo patrimonial violado pode ser acionado judicialmente por outrem que se afirma verdadeiro titular do referido direito. Surge aqui a *exceção substancial*. Trata-se da alegação feita pelo titular de um direito, sob a forma de defesa em um processo que foi iniciado contra si para discutir exatamente esse direito. É, pois, defesa indireta contra uma pretensão ajuizada.

Com LEONI LOPES DE OLIVEIRA, a exceção significa “toda e qualquer alegação, formulada pelo sujeito do direito subjetivo, em defesa de seu direito, na posição de réu em um processo judicial”.<sup>52</sup> Vale dizer, *exceção é a possibilidade reconhecida ao titular de um direito subjetivo de invocá-lo em sede defensiva*.<sup>53</sup>

Há um exemplo bastante comum: imagine-se um proprietário que adquiriu o bem através de usucapião, possuindo como seu pelo tempo exigido por lei, nunca tendo ajuizado a ação de usucapião para obter o registro no Cartório de Imóveis, vem a ser demandado por terceiro que alega ser o legítimo titular. Poderá esse titular se defender através de exceção, protegendo o seu legítimo direito subjetivo de propriedade.<sup>54</sup> No

único tipo de devedor: o empregador. Não afeta o interesse de um sujeito de direito qualquer, mas de apenas um único sujeito de direito: o empregado”.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Introdução ao Direito*, op. cit., p. 486.

<sup>53</sup> Em posição símile, MARCO AURÉLIO S. VIANA pontua: “Exceção é o poder de opor ao direito sustentado pelo autor um seu contradireito” (*Curso de Direito Civil: Parte Geral*, op. cit., p. 381).

<sup>54</sup> A Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal assegura a possibilidade de alegação da usucapião como matéria de defesa, através de exceção substancial.

campo dos direitos obrigacionais, podemos lembrar que o réu de uma ação de cobrança poderá invocar em seu favor, na sua defesa, que também é credor do autor da ação, por conta de uma outra dívida existente anteriormente, e que, por isso, pretende realizar uma compensação de valores. Nesse caso, a compensação também é apresentada como uma *exceção* – ou seja, é um direito subjetivo invocado pelo seu titular, que se encontra na posição de réu de um processo.

Pois bem, a Lei Civil, em seu art. 190,<sup>55</sup> considerando que a exceção também diz respeito à pretensão (que respalda os direitos subjetivos), estabelece que a exceção prescreve no mesmo prazo que a própria pretensão. Em outras palavras: se a pretensão foi tragada pelo tempo, obstando o exercício do direito de ação para buscar proteção ao direito subjetivo, também não poderá o titular pleitear a tutela em sede de exceção, quando, eventualmente, estiver na posição de réu. Se assim não fosse, seria possível burlar a prescrição operada, alegando a titularidade de um direito prescrito, em sede de exceção.

Andou bem o legislador ao trilhar essas sendas. De fato, o dispositivo do art. 190 da Codificação evita que, prescrita a pretensão, o titular utilize perpetuamente aquele direito subjetivo patrimonial a título de exceção, como defesa.

Resgatando o exemplo anterior, se alguém tinha um crédito e deixou de exercer a pretensão no prazo de lei, sendo alcançado pela prescrição, não poderá, no futuro, vindo a ser acionado pelo seu devedor (que veio a assumir, posteriormente, a posição de credor), alegar uma compensação, pois, junto com a pretensão, prescreveu a exceção. Em suma: a compensação, na hipótese, somente pode ser invocada, na defesa do réu, se ainda não prescrita a pretensão.

Assim, a prescrição da exceção ocorrerá no mesmo prazo em que se opera a prescrição da própria pretensão. Vale dizer: junto com o ataque prescreve a defesa.

Nas pegadas do entendimento abraçado pela Lei nº 11.280/06 – que acresceu o § 5º ao art. 219 do Código de Processo Civil, permitindo ao juiz conhecer *ex officio* a prescrição –, é fácil inferir a possibilidade de conhecer, de ofício, ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, também a prescrição da exceção substancial.

*In fine*, vale chamar a atenção para que não se confunda a *exceção* aqui tratada, caracterizada como proteção de direitos subjetivos através do exercício de defesa em um processo judicial, um verdadeiro contradireito (também chamada de *exceção substancial*), com as denominadas *exceções instrumentais*, contempladas no Código de Processo Civil com o fito de permitir à parte que impugne a competência do juízo (exceção de incompetência) ou a imparcialidade do juiz (exceções de impedimento ou suspeição).

Não se ignore, ademais, que, correlacionada aos direitos subjetivos patrimoniais, a *prescrição somente concerne às ações condenatórias de natureza econômica*, não incidindo nas ações meramente declaratórias (que são, sempre, imprescritíveis) e nas ações constitutivas (que, se for o caso, submetem-se a prazos decadenciais).

<sup>55</sup> CC, art. 190: “A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão”.

## 2.8 Prescrição intercorrente

A prescrição intercorrente nada mais é do que a prescrição decorrente da demora na prolação da sentença. Isto é, trata-se de uma prescrição interna, endógena, produzida dentro da relação processual, contada a partir da data da propositura da ação.

De ordinário, o Direito Civil não admite a prescrição intercorrente porque o particular (autor da ação) não pode, a toda evidência, ser prejudicado pela demora do Estado-Juiz em julgar a demanda. Assim, em regra, a prescrição intercorrente não desperta maiores interesses no âmbito das relações privadas.

Aliás, bem preconiza o parágrafo único do art. 202 da Lei Civil que “a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Diante disso, interrompida a prescrição, ela, somente, voltará a fluir do último ato do processo (quando se tratar de interrupção judicial) ou do próprio ato que a interrompeu (quando decorrer de uma causa não judicial), o que deixa absolutamente claro que enquanto não for dirimida a controvérsia pela decisão judicial, não correrá prazo prescricional.

De fato, não seria justo que o particular, titular de uma pretensão, fosse severamente castigado pela demora do Poder Judiciário em dirimir a demanda.

Essa regra, contudo, não pode ser admitida de modo absoluto e peremptório.

É que, promovida a interrupção da prescrição por ato judicial (através do despacho do juiz, por exemplo), o autor da ação pode se manter inerte, abandonando o processo sem impulso – o que, a toda evidência, prejudicará o réu (devedor), pois não permitirá que se pratique o último ato do processo (sentença), extinguindo o feito e autorizando a nova fluência do prazo prescricional.

Havendo, então, a inércia do autor (quando lhe cabia a prática de algum ato que deixou de ser realizado), durante prazo superior àquele fixado em lei para a prescrição da pretensão, ocorrerá a chamada *prescrição intercorrente*. Trata-se de conclusão lógica: assim como o autor não pode ser prejudicado pela demora do Estado-Juiz em proferir uma sentença, o réu não pode ser prejudicado porque o autor abandonou o processo, apesar de intimado devidamente para dar andamento a ele, e o magistrado deixou de extinguir a demanda.

Já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: “A prescrição intercorrente se consuma na hipótese em que a parte, devendo realizar ato indispensável à continuação do processo, deixa de fazê-lo, deixando transcorrer o lapso prescricional” (STJ, Ac. 6ª T., REsp. 474.771/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. 4.2.2003).<sup>56</sup>

Em outras palavras: a prescrição intercorrente é verificada pela inércia continuada e ininterrupta do autor no processo já iniciado, durante um tempo suficiente para a ocorrência da própria perda da pretensão. De modo evidente, havendo andamento regular e normal do processo, não haverá a prescrição intercorrente.

<sup>56</sup> Com o mesmo entendimento: “A inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsionamento processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente” (STJ, Ac. 1ª Seção, EREsp. 237079/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 30.9.2002).

Por isso, infere-se que a litispendência é um pressuposto natural da prescrição intercorrente. Outro pressuposto seria o abandono indevido do processo (isto é, apesar de intimado, pessoalmente, o autor para dar impulso ao feito). Tudo isso aliado ao fato de ter decorrido tempo suficiente para o juiz proferir decisão de extinção do processo sem resolução de mérito, sem que isso tenha se realizado. Diante dessa possibilidade, o mestre ARRUDA ALVIM enxerga a existência de um verdadeiro “ônus permanente” sobre o autor de uma ação, impondo-se que, iniciada uma demanda, diligencie para que caminhe em direção ao seu término.<sup>57</sup>

Não se pode deixar de registrar que essa sistemática também é aplicável à decadência, apesar de, em termos gerais, inadmitir interrupção.

Por derradeiro, é mister pontuar a inadmissibilidade de alegação de prescrição intercorrente no âmbito do processo do trabalho, em razão da situação especial de hipossuficiência do autor da demanda (o trabalhador). Nessa esteira, sedimentou-se, na jurisprudência, tal entendimento, como se nota da leitura da Súmula 114 do Tribunal Superior do Trabalho: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

## 2.9 Prazos prescricionais

Facilitando a compreensão da matéria, afirma o Código Civil vigente que os prazos prescricionais são aqueles previstos nos arts. 205 (uma verdadeira *cláusula geral de prescrição* ou, noutras palavras, um prazo comum ou ordinário de prescrição) e 206 (contendo prazos específicos de prescrição, cuidando de hipóteses ali contempladas).

Logicamente, portanto, todos os demais prazos mencionados no Código Civil terão, de ordinário, natureza decadencial. Repita-se à exaustão: o Código Civil estruturou a matéria com simplicidade, organizando todos os prazos prescricionais nos arts. 205 (*cláusula geral*) e 206 (prazos específicos), restando nos demais dispositivos da Codificação os prazos decadenciais.

Nesse ponto, importa salientar que a prescrição ordinária, na ordem jurídica vigente, opera-se em dez anos para qualquer tipo de pretensão. Já os prazos especiais variam, segundo a técnica adotada pelo Código Civil, de um a cinco anos.

Não se esqueça que tais prazos prescricionais são de ordem pública, não podendo ser alterados pela vontade das partes, como alude o comando 192 do Estatuto do Cidadão.<sup>58</sup>

Convém relembrar, ainda, que a fluência do prazo prescricional se inicia com o surgimento da pretensão correspondente. Ou seja, tem início a contagem prazal com a exigibilidade do direito subjetivo subjacente.<sup>59</sup> É a tese da *actio nata*, segundo a qual

<sup>57</sup> ARRUDA ALVIM. “Da prescrição intercorrente”, op. cit., p. 27.

<sup>58</sup> CC, art. 192: “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

<sup>59</sup> Nesse diapasão, o Enunciado 14 da Jornada de Direito Civil, vazado em termos claros: “1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer”.

somente a partir do efetivo conhecimento do ato que viola um direito subjetivo, originando a pretensão, é que se inicia a contagem do prazo extintivo contemplado na norma legal. A regra é aplicável, inclusive, aos prazos decadenciais.

Demonstrando, exemplificativamente, a opção legislativa, é possível concatenar os seguintes prazos:

- i) *prazo prescricional de um ano*: a pretensão dos hospedeiros contra os hóspedes para cobrar consumo não pago; a pretensão do segurado contra a seguradora, seja o seguro individual ou em grupo<sup>60</sup> (de qualquer maneira, lembre-se que a formulação de pedido, em sede administrativa, à seguradora suspende a fluência do prazo prescricional);<sup>61</sup> a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários, árbitros e peritos para receber emolumentos, custas e honorários;
- ii) *prazo prescricional de dois anos*: a pretensão para executar a pensão alimentícia fixada pelo juiz;
- iii) *prazo prescricional de três anos*: a pretensão do locador para cobrança dos aluguéis; a pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa; a pretensão de reparação civil decorrente de danos morais ou materiais,<sup>62</sup> exceto quando se tratar de dano decorrente de relação de consumo, por estar submetido ao prazo específico de cinco anos previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Oportunamente, relembre-se que a nossa jurisprudência vem proclamando a imprescritibilidade da reparação de danos morais e materiais decorrentes de tortura.<sup>63</sup>
- iv) *prazo prescricional de quatro anos*: a pretensão para prestação de contas pelo tutor ou curador.
- v) *prazo prescricional de cinco anos*: a pretensão do credor de dívidas comuns; a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e

<sup>60</sup> Já afirmava de há muito o Superior Tribunal de Justiça: “A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano” (Súmula 101).

<sup>61</sup> Nessa tocada, já foi cimentado o entendimento da Corte Superior de Justiça na Súmula 229: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão”.

<sup>62</sup> Restam prejudicadas, por conta disso, as Súmulas 39 e 143 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista” (Súmula 39, STJ); “Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial” (Súmula 143, STJ).

<sup>63</sup> Veja-se: “1. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura, e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana. 2. ‘Não há falar em prescrição da pretensão de se implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade’ (REsp 816.209/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3.9.2007). 3. ‘No que diz respeito à prescrição, já pontuou esta Corte que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32 não se aplica aos danos morais decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis, máxime quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões” (REsp. 1.002.009/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 21.2.2008)” (STJ, Ac. Unân., 1ª T., AgRgAgInstr. 970.753/MG, Rel. Min. Denise Arruda, j. 21.10.2008, DJU 12.11.2008).



professores pelos seus honorários. Ressalva há de ser feita para consignar que se a relação travada pelo professor for de natureza empregatícia, a prescrição seguirá o regime jurídico específico do Direito do Trabalho. O dispositivo enfocado somente tem incidência quando se tratar de um serviço autônomo prestado por um professor, como um curso específico ou uma aula magna, por exemplo.

Em se tratando de pretensão decorrente de direito subjetivo patrimonial sem prazo previsto, expressamente, em lei, aplica-se, então, a cláusula geral de prescrição, que é de dez anos. É o caso da ação de sonegados (para cobrar do herdeiro um bem que deveria ter sido apresentado no espólio e não foi, indevidamente) e da ação de petição de herança (para condenar alguém que está na posse da herança a devolvê-la).

## 2.10 Prescrição em matéria tributária

É preciso ressaltar que, em face do que contempla o art. 146, III, *b*, da Carta Constitucional (em conjunção com o art. 35, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a prescrição do crédito tributário é matéria submetida à lei complementar, no particular o Código Tributário Nacional, afastada a incidência das regras do Código Civil.

Não é por outro motivo que já se reconheceu em nossa jurisprudência a reserva legal acerca da disciplina da prescrição e decadência em matéria tributária:

“As hipóteses de prescrição e de decadência, em matéria tributária, são de reserva absoluta da lei complementar (CF, art. 146, III, *b*, e CTN, art. 141), não se admitindo interferência, nessa área, pelo legislador ordinário” (TRF-1ª Região, Ac. 4ª T., Ap. Cív. 95.01.05044-0/BA, Rel. Juiz Souza Prudente, j. 22.5.1995, DJU 21.9.1995, p. 63472).

Assim, sistematizando a matéria, o prazo (prescricional) para a cobrança do crédito tributário é de cinco anos (CTN, art. 174), contados da data de sua efetiva constituição. De outro lado, o prazo (decadencial) para que a Fazenda Pública venha a constituir o crédito tributário também é de cinco anos, como reza o art. 173 do Código Tributário Nacional, fluindo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o lançamento antes efetuado por vício. É preciso cuidado para não confundir os prazos: há um prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário e um outro prazo prescricional, também de cinco anos, para a propositura da ação de cobrança do crédito tributário, após a sua constituição.

Outrossim, a interrupção da prescrição (a favor ou mesmo contra um dos coobrigados solidários) favorece ou prejudica a todos os demais coobrigados, em face do que prevê o art. 125, III, do mesmo *Codex*.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> CTN, art. 125: “Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade: [...] III – a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais”.

Demais de tudo isso, vale a lembrança de que o art. 174 do Código Tributário Nacional estabelece regras específicas de interrupção da prescrição muito próximas das regras gerais contempladas no Código Civil.<sup>65</sup>

## 2.11 A prescrição em sede de Direito Administrativo

No âmbito das relações com o Poder Público, é possível vislumbrar duas diferentes possibilidades prescricionais: (i) a prescrição que ocorre no interior das relações administrativas (que pode ser chamada de *prescrição administrativa propriamente dita*); e (ii) a prescrição da pretensão de exigir determinado comportamento em juízo (podendo ser intitulada *prescrição judicial*).

A prescrição administrativa – que pode ocorrer em benefício da Administração Pública ou do particular – submete-se aos prazos previstos na própria legislação específica. Exemplo pode ser lembrado com o prazo fixado para o servidor público formular pedido de reconsideração ou interpor recurso de alguma decisão prolatada na esfera interna do Poder Público, consoante previsão do art. 108 da Lei nº 8.112/91. Naturalmente, não se aplicam aos prazos de prescrição administrativa as regras gerais do Direito Privado (particularmente do Código Civil), eis que se trata de matéria de Direito Público.<sup>66</sup> Assim sendo, em caso de omissão, serão aplicadas as regras gerais do Direito Administrativo.<sup>67</sup>

Interessa-nos, em particular, a prescrição judicial relacionada à Fazenda Pública (aqui utilizada a expressão em sentido amplíssimo), eis que integrada ao sistema de prescrição do Direito Civil.

De saída, convém repisar que o § 5º do art. 37 da Carta Constitucional consagrou a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do prejuízo causado ao Erário.

Por outro turno, a ação promovida pelo particular contra a Administração Pública deverá ser ajuizada dentro do prazo previsto na norma jurídica.

A matéria está regulada pelo Decreto nº 20.910/32, que fixou um prazo quinquenal para a propositura das ações contra as Fazendas federal, estadual e municipal. Em seguida, o Decreto-lei nº 4.597/42 elasteceu a regra para alcançar, também, as autarquias. Não alcançava, contudo, as pessoas jurídicas de direito privado componentes da Administração Pública indireta.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> CTN, art. 174: “A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; II – pelo protesto judicial; III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

<sup>66</sup> Anuindo ao raciocínio aqui esposado e com louvável didática, remete-se o leitor ao texto de MIGUEL THOMAZ DI PIERRO JÚNIOR. “A prescrição administrativa e o novo Código Civil”, especialmente, p. 253-259.

<sup>67</sup> Exemplificando, no âmbito do serviço público federal, a Lei nº 9.784/99 reza, em seu art. 59, que, salvo disposição legal específica, o prazo para que se interponha recurso administrativo é de dez dias, contados da ciência ou divulgação oficial da decisão objurgada.

<sup>68</sup> Confirmando essa tese, a Súmula 39 do Superior Tribunal de Justiça estabelecia que “prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista”. É óbvio que a referida orientação jurisprudencial tem de ser adequada às novas diretrizes do Código Civil de 2002, que,

Como se nota, a regra da prescrição quinquenal da pretensão contrária ao Estado foi esquadrihada quando se encontrava em vigor o Código Civil de 1916, que, por sua vez, estabelecia o prazo de 20 anos para a ação reparatória de danos no direito privado. Com o advento da Lei Civil de 2002, porém, o prazo da pretensão reparatória de danos foi diminuído para três anos. Por isso, entendemos que, igualmente, o novo prazo (três anos) deveria ser aplicado também nas pretensões dirigidas contra a Fazenda Pública. É que não vislumbramos justificativa jurídica para um tratamento diverso no que diz respeito às pretensões reparatórias dirigidas contra o Estado. Trata-se de ação indenizatória, como outra qualquer, devendo se submeter ao prazo trienal – que foi estabelecido em razão da especificidade da pretensão de direito material subjacente. Considere-se, inclusive, que na vigência do Código Civil de 1916 o Estado mereceu prazo diferenciado, por não dever estar submetido a um prazo tão elástico (que era de 20 anos). Ora, se, hodiernamente, nem mesmo os particulares se submetem a prazos tão alongados, merecendo a diminuição para três anos, entendemos essa redução deveria alcançar, também, as pretensões ressarcitórias dirigidas à Fazenda Pública.

Não fossem bastantes os argumentos expostos, mencione-se que o art. 10 do Decreto nº 20.910/32 (que regulamentava a prescrição contra a Fazenda Pública) já esclarecia que “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”. Por isso, convém realçar, com LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA, ser “contrário à ordem jurídica e aos primados que lhe regem possibilitar a um credor veicular, por exemplo, uma pretensão de reparação civil após três anos da eclosão do evento danoso, apenas porque deveria ela ser dirigida às Fazendas Públicas. Por óbvio, não é esse o escopo da regra do artigo 206, § 3º, n. V, do atual Código Civil”.<sup>69</sup>

Todavia, o nosso posicionamento restou vencido no âmbito da jurisprudência superior. Deliberando sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o prazo prescricional para as pretensões dirigidas contra o Poder Público é, realmente, de cinco anos, aplicando a *norma legal específica* (o Decreto nº 20.910/32), que afastaria, portanto, a norma genérica contida no Código Civil de 2002.<sup>70</sup> Com isso, superam-se as

---

diferentemente do sistema que lhe antecedeu, estabelece prescrição de três anos para a pretensão reparatória. Assim sendo, o prazo mencionado na referida súmula é, agora, de três anos.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Luiz Duarte de. “Da prescrição das ações em face da Fazenda Pública e o novo Código Civil”, op. cit., p. 75.

<sup>70</sup> Confira-se o *leading case* da Corte Superior de Justiça, fixando a sua orientação sobre o tema: “2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública [...] 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal – previsto do Decreto 20.910/32 – nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação

divergências, com o propósito de conferir uma pacificação no que tange à interpretação do tema, fixando o entendimento de que as pretensões indenizatórias dirigidas contra o Estado submetem-se ao prazo prescricional de cinco anos.

No caso concreto, portanto, a prescrição das pretensões dirigidas em desfavor das Fazendas Públicas estará submetida ao prazo contemplado na normatividade especial: cinco anos.

Lembre-se, demais de tudo isso, que, em se tratando de cobrança de prestações de trato sucessivo (relações jurídicas continuativas), a jurisprudência brasileira foi cimentada no sentido de que a prescrição fulmina a pretensão anterior ao quinquênio anterior à propositura da ação. Estabelece a Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça, nessa esteira, que “nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

## 2.12 A prescrição na tutela jurisdicional coletiva (ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa)

Tema dos mais relevantes diz respeito à prescrição na tutela jurisdicional coletiva (ou seja, nos direitos transindividuais).

A ação civil pública é o mecanismo disponibilizado pelo ordenamento jurídico para a defesa dos interesses que transcendem à individualidade do cidadão. É a demanda coletiva propícia para a defesa dos interesses mais significativos da sociedade. Pode ter como objeto a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, consoante previsão do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. A Lei nº 7.347/85 (de natureza nitidamente processual), que regulamenta o procedimento da ação civil pública, não mencionou qualquer prazo prescricional, o que torna a matéria controvertida. É bem verdade que a ação civil pública, preponderantemente, é de natureza condenatória, tratando de pretensão reparatória de danos. No entanto, apesar dessa natureza (condenatória), a ação civil pública não se submete a prazo de prescrição, sendo imprescritível a pretensão dirigida à tutela dos interesses transindividuais.<sup>71</sup> O fundamento é muito simples: como os direitos difusos e coletivos não possuem titular determinado, não é possível apenar toda a coletividade pela inércia no exercício da pretensão coletiva pelos órgãos legitimados. Lembre-se, inclusive, que admitir a prescrição em ação civil pública seria subverter a ordem dos valores consagrados em nosso

[...] 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; p. 1.296/1.299)[...] 7. No caso concreto, a Corte *a quo*, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema” (STJ, Ac. 1ª Seção, REsp. 1.251.993/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 12.12.2012, DJe 19.12.2012).

<sup>71</sup> No mesmo sentido, a nossa Corte Superior já reconheceu a imprescritibilidade da ação civil pública para a proteção do patrimônio público: STJ, Ac. 1ª T., REsp. 191456-4/SP, Rel. Min. José Delgado, j. 9.9.2003, DJU 20.10.2003, p. 181.

sistema, admitindo maior relevo para o particular, em detrimento do interesse público. Exemplo de grande relevância prática concerne à imprescritibilidade da ação civil pública para a proteção do meio ambiente. A toda evidência, não há como ser estabelecido prazo de prescrição para a defesa de toda a coletividade, o que, de algum modo, poderia prejudicar os valores mais relevantes de nossa sociedade.

Situação diversa é vista na ação popular. Com efeito, no que tange à ação popular (que é a demanda aforada pelo cidadão, no gozo de seus direitos políticos, para fazer garantir a moralidade administrativa, pretendendo ver desfeito um ato administrativo que cause prejuízo a uma administração pública proba e eficiente), estabelece o art. 21 da Lei nº 4.717/65 um prazo de cinco anos para a sua propositura. Conquanto o dispositivo legal afirme, expressamente, ser prescricional o referido prazo, parece-nos que se trata de nítida hipótese decadencial, eis que a pretensão veiculada é nitidamente constitutiva negativa.<sup>72</sup> Assim, a ação popular deverá ser proposta no prazo quinquenal previsto em lei, computada a sua fluência a partir da efetiva prática do ato administrativo atacado.<sup>73</sup>

Também distinto é o tratamento jurídico conferido à prescrição da pretensão condenatória decorrente de improbidade administrativa. O art. 23 da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, com redação imprecisa e confusa, estabelece: “As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”. Dessa maneira, há uma dualidade de regra prescricional em matéria de improbidade administrativa: (i) o prazo é de cinco anos para ajuizar ações contra agentes políticos (agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargo de comissão ou de função de confiança), contados a partir do término do mandato ou do exercício funcional;<sup>74</sup> (ii) já o prazo prescricional para a propositura de demandas em face dos demais agentes públicos (os servidores civis concursados, por exemplo) será aquele previsto em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.<sup>75</sup> Não se pode deixar de perceber que o duplo tratamento da prescrição em sede de improbidade administrativa atenta contra o princípio constitucional da *isonomia*, nada havendo para justificar a discrepância entre a tutela jurídica conferida

<sup>72</sup> Concordando com a ideia aqui defendida, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. *Ação Popular*, op. cit., p. 214-216. Em sentido inverso, RITA DE CÁSSIA ROCHA CONTE QUARTIERI. “A prescrição no novo Código Civil e a ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa”, op. cit., p. 364-365.

<sup>73</sup> Exemplificando, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar que o prazo prescricional para a propositura da ação popular é contado a partir da lavratura da escritura de concessão de uso sobre terreno público, e não da edição da lei que tratava da matéria, conforme acórdão do STJ, Ac. 1ª T., REsp. 337.447/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 4.12.2003, DJU 19.12.2003, p. 321.

<sup>74</sup> No caso de recondução (reeleição, por exemplo) do agente público ao cargo, é intuitivo que o prazo fluirá apenas a partir do momento em que finde o novo mandato, quando ele deixar de exercer o cargo ou função política.

<sup>75</sup> A título ilustrativo, vale a referência de que, no âmbito do serviço público federal, de acordo com o art. 142 da Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos servidores civis da União, o prazo é de cinco anos para a instauração do processo disciplinar para aplicação das penas de demissão, demissão a bem do serviço público, cassação de aposentadorias ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, iniciando a seu cômputo a partir da data em que o fato torna-se conhecido.

para um ocupante de cargo de confiança e para um outro, que é servidor regularmente concursado. A outro giro, detectam-se, ainda, outros dois problemas decorrentes do citado sistema jurídico criado pela Lei de Improbidade Administrativa. O primeiro concerne aos agentes que exercem empregos públicos, pois inexistem, no regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (diploma ao qual estão submetidos), previsão para a punição de faltas disciplinares. É o caso dos servidores das sociedades de economia mista, por exemplo. O outro nó a ser desatado diz respeito à prescrição para o particular que, de algum modo, vier a participar do ato ímprobo. Em ambas as hipóteses, a solução mais razoável aponta no sentido de, fundamentando-se no art. 23, II, da Lei de Improbidade Administrativa, reconhecer a prescrição no prazo de cinco anos, aplicado analogamente ao regime do servidor público civil da União.<sup>76</sup>

Não haverá, todavia, prescrição para a pretensão de ressarcimento de danos causados ao Erário, em conformidade com o § 5º do art. 37 da Lei Fundamental. Assim, se a ação promovida tiver como propósito ressarcir os cofres públicos, submeter-se-á à regra da imprescritibilidade.

## 3 A DECADÊNCIA

### 3.1 Noções gerais

A decadência mereceu atenção especial do legislador de 2002, diferentemente do seu antecessor.

Também chamada de *caducidade*, é certo que a *decadência* faz perecer o próprio direito, atingindo-o na essência. Talvez por isso, alguns doutrinadores, como o ilustre professor argentino CARLOS ALBERTO GHERSI, afirmam que a decadência é mais profunda do que a prescrição, atingindo o direito na sua porção mais funda.<sup>77</sup>

A decadência está atrelada, fundamentalmente, aos direitos potestativos.<sup>78</sup> É que sendo exercidos através de mera manifestação de vontade do próprio titular, independentemente da submissão de terceiros, inadmitem os direitos potestativos violação e, via de consequência, não trazem consigo pretensão (típica dos direitos subjetivos – que, por isso, submetem-se a prazos prescricionais).<sup>79</sup>

<sup>76</sup> Também é o pensamento de EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES, que disparam ser “mais consentâneo com um padrão mínimo de justiça a tentativa de enquadramento, na regra do art. 23, II, daqueles que mantêm um vínculo empregatício com o sujeito passivo do ato de improbidade, o que exigirá seja analogicamente aplicada a normatização que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da correspondente administração direta (*rectius*: União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Esse entendimento é extensivo aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, normalmente regidos pelas leis trabalhistas. O mesmo ocorre em relação aos empregados de pessoas jurídicas de direito público que estejam em situação parecida (sujeitos às leis trabalhistas)” (*Improbidade Administrativa*, op. cit., p. 522).

<sup>77</sup> GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 614.

<sup>78</sup> Chega mesmo a sustentar o eminente civilista argentino CARLOS ALBERTO GHERSI que a “principal característica dos direitos submetidos à caducidade é serem situações jurídicas potestativas, como no caso do prazo estabelecido para a recompra nos contratos de compra e venda (retrovenda)” (*Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 615).

<sup>79</sup> Sobre o tema, importante a referência, mais uma vez, ao texto de AGNELO AMORIM FILHO. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, op. cit., p. 725-750.



Ora, em se tratando de um direito potestativo – e, por conseguinte, cujos efeitos podem ser obtidos diretamente pela manifestação de vontade do titular – não se pode falar em prescrição (que, por sua vez, é a perda da pretensão de exigir de alguém um comportamento). O exercício dos direitos potestativos depende, tão só, da vontade de seu próprio titular.

A partir de tais ideias, já se pode asseverar que a decadência é a perda do próprio direito (potestativo) pelo seu não exercício em determinado prazo, quando a lei estabelecer lapso temporal para tanto.

Confirmando tal posicionamento, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, redator da Parte Geral do Código Civil vigente, é enfático: “Ocorre a decadência quando um direito potestativo não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente, dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular o negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)”.<sup>80</sup>

Não é despidendo salientar que, não havendo prazo em lei para o exercício de determinado direito potestativo, ele não estará sujeito à extinção pelo não exercício, não se submetendo a decadência (nem tampouco, por evidente, à cláusula geral de prescrição).

Importante fixar que os prazos decadenciais, em regra, não se interrompem, nem se suspendem, ao revés dos prazos prescicionais. É de decadência, por exemplo, o prazo de duração das funções do Presidente da República (CF/88, art. 84, prazo decadencial de quatro anos).

Por conseguinte, a regra geral é a de que não se aplicam à decadência os dispositivos legais que tratam da suspensão, impedimento e interrupção da prescrição, fluindo o prazo decadencial contra todos automaticamente e sem solução de continuidade. Entretanto, o Livro Civil admite uma exceção a essa regra (CC, art. 207, primeira parte), estabelecendo que o prazo decadencial não corre contra os absolutamente incapazes (CC, art. 208). De fato, justifica-se a não fluência do prazo decadencial contra o absolutamente incapaz, na medida em que não seria razoável deixá-lo sofrer um prejuízo em decorrência da atuação desidiosa do seu representante. É de se notar, entretanto, tratar-se de situação excepcional.<sup>81</sup> Outrossim, registre-se que os *relativamente incapazes* e as *pessoas jurídicas*, eventualmente prejudicados pela perda de direitos (caducidade) por inércia de seus assistentes ou representantes, respectivamente, terão direito de cobrar o prejuízo sofrido (CC, art. 195). Por óbvio, não é bastante a simples ocorrência de dano ao relativamente incapaz ou à pessoa jurídica, exigindo-se a prova da conduta *culposa* do assistente ou representante para que se lhe impute o dever de reparar o dano.

<sup>80</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 161.

<sup>81</sup> O dispositivo mereceu a crítica de GUSTAVO KLOH MULLER NEVES, sob o argumento de que “o fundamento da decadência consiste na preservação da liberdade e da intangibilidade das esferas individuais. A hipótese de se ter um direito potestativo convergindo sobre a órbita alheia por décadas causa estranheza. Devemos estruturar soluções concretas que permitam coadunar a proteção do incapaz com a salvaguarda da liberdade alheia” (“Prescrição e Decadência no novo Código Civil”, op. cit., p. 426-427).

Muito embora não se admita interrupção ou suspensão do prazo decadencial, não se pode olvidar que obsta a consumação da decadência a simples propositura da ação.<sup>82</sup>

Como observado alhures, os prazos de decadência (legal) estão previstos no Código Civil em dispositivos diversos, esparsos. Descobri-los, todavia, é tarefa extremamente simplificada, pois, como visto, todos os prazos de prescrição estão previstos nos arts. 205 e 206 da Lei Civil, motivo pelo qual os demais prazos contemplados em lei são, em linhas gerais, decadenciais.<sup>83</sup> Exemplificando: é de decadência o prazo de dez dias para que a minoria vencida impugne ao Ministério Público a deliberação da maioria alterando os estatutos de uma fundação (CC, art. 67) e também é de decadência o prazo de quatro anos (CC, art. 178) para que o interessado proponha a ação de anulação do negócio jurídico quando ocorrer vício de consentimento ou vício social.

Demais disso, como os prazos prescricionais estão organizados, sempre, em número de *anos*, os prazos *em dias* e *em meses* serão, ordinariamente, de decadência.

### 3.2 Espécies de decadência

A partir das disposições legais acerca da matéria, constantes do Código Civil de 2002, especialmente, detectam-se duas diferentes modalidades de decadência.

São elas:

- i) a decadência *ex vi legis* (*decadência legal*), que advém de expressa previsão de lei, sendo de ordem pública e irrenunciável. Em razão disso, os prazos decadenciais não admitem renúncia e, em regra, não se suspendem ou interrompem. Vale a lembrança de que o art. 208 mitiga essa regra, estabelecendo a suspensão do prazo decadencial contrário ao absolutamente incapaz. Também o Código de Defesa do Consumidor estabelece uma hipótese específica de suspensão do prazo de caducidade, através da reclamação do consumidor na assistência técnica.
- ii) a decadência *ex vi voluntatis* (*decadência convencional ou contratual*), que possui caráter de ordem privada, originada da previsão das partes em negócios jurídicos, sendo renunciável (depois de consumada) e não podendo ser conhecida de ofício pelo juiz. Exemplo eloquente e comum de decadência convencional, de grande importância prática, são os prazos de garantia, estabelecidos em contratos de compra e venda, protegendo o produto ou serviço objeto do negócio. Como não lembrar do aparelho de televisão que vinha com prazo de garantia

<sup>82</sup> A respeito do tema, consulte-se FREDIE DIDIER JÚNIOR. *Regras processuais no novo Código Civil*, op. cit., p. 13, e ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 261.

<sup>83</sup> Seguindo essa orientação, o Código Civil comete um terrível pecado ao mencionar, no seu art. 745, como tendo natureza decadencial um prazo que é, a toda evidência, de natureza prescricional. Trata-se do prazo concedido ao transportador para requerer a *condenação* do contratante por informações inexatas ou falsas sobre a coisa transportada. Apesar da explícita natureza *prescricional*, a Codificação faz equivocada afirmação contrária: “Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, *sob pena de decadência*”.

até a Copa do Mundo de futebol da FIFA de 2014.<sup>84</sup> Pontua CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que o tratamento dedicado à decadência convencional deve ser o mesmo da prescrição, não podendo seguir as linhas diretivas da decadência legal.<sup>85</sup> Em sendo assim, a decadência voluntária admite renúncia, admite suspensão ou interrupção e não pode ser conhecida de ofício pelo magistrado – e, tampouco, provocada pelo Ministério Público.

É possível, inclusive, a incidência, na mesma relação jurídica, de prazos de decadência legal e convencional. Nesse caso, enquanto não transcorrer, integralmente, o lapso temporal da decadência voluntária, não se inicia a decadência legal. Em reforço: somente começa a correr a decadência legal quando exaurida a decadência voluntária.<sup>86</sup> Tem sentido, afinal, como lembra YUSSEF SAID CAHALI, “na essência, identifica-se o chamado ‘prazo de garantia’ como sendo um *plus* de decadência convencional, que não prejudica, mas antes se acrescenta à decadência fixada em lei”.<sup>87</sup> Exatamente nessa tocada, o art. 446 do Código de 2002 dispõe que “*não correrão os prazos do artigo antecedente (decadência do direito de reclamar vícios redibitórios) na constância de cláusula de garantia*”. Trata-se, pois, de uma *expansão dos prazos decadenciais decorrentes de lei a partir da vontade das partes*, uma vez que somente depois de exauridos os prazos de decadência convencional fluirão os prazos de decadência legal.

### 3.3 Alegação da decadência

Por conta de sua natureza de ordem pública, a decadência pode ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, no duplo grau de jurisdição, consagrado no direito processual brasileiro. Todavia, vem se entendendo, em sede jurisprudencial, que nas instâncias especiais (em sede de recurso extraordinário, especial ou de revista, dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente) somente será possível conhecer a decadência se houver anterior prequestionamento, atendendo ao pressuposto constitucional específico.

Entrementes, reiterando posicionamento sustentado alhures, apresentamos um contraponto, abrindo uma situação excepcional. É que se faz necessário pontuar a possibilidade de discutir uma decadência não tratada anteriormente na causa, em sede de recursos excepcionais, por força do *efeito translativo dos recursos* (CPC, art. 516). Em sendo assim, admitido um recurso excepcional (extraordinário, especial ou de revista) porque presentes os seus pressupostos específicos (inclusive o prequestionamento), será possível conhecer e julgar toda e qualquer matéria de mérito. Equivale a dizer: admitido um recurso excepcional, estará aberta uma nova instância, autorizando a discussão

<sup>84</sup> Um outro exemplo de decadência convencional que também pode ser formulado, lembrado por CARLOS ALBERTO GHERSI, diz respeito à possibilidade de elaboração de um testamento em favor de determinada pessoa, condicionando a eficácia da disposição patrimonial à morte do testador dentro de determinado lapso temporal. Não falecendo no prazo assinado, caduca o testamento, evidenciando a decadência convencional. Cf. *Derecho Civil: Parte General*, op. cit., p. 616.

<sup>85</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 692.

<sup>86</sup> Confirmando essa compreensão, veja-se o teor do art. 446 do Código Civil: “Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia”.

<sup>87</sup> CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*, op. cit., p. 188.

de toda e qualquer matéria meritória, inclusive a prescrição que ainda não havia sido cogitada e que pode ser conhecida de ofício pelo julgador. A título de ilustração, demonstrando em concreto a tese, bastaria pensar em um recurso extraordinário, especial ou de revista que foi admitido para discutir a falta de fundamentação da sentença, por exemplo. Considerando que ao passar pelo juízo de admissibilidade (juízo de prelibação), o recurso abriu uma nova instância, será possível ao Tribunal Superior respectivo conhecer a prescrição, mesmo que não tivesse sido ventilada, anteriormente, na causa, por conta do efeito expansivo recursal – que abriu inteiramente o mérito, no que tange às matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado.

Merece destaque, ainda, o fato de que a alegação de decadência pode ser feita no processo de conhecimento, de execução ou cautelar, como, inclusive, reconhecido, expressamente, pelo art. 810 do Código Instrumental.

Demais de tudo isso, é de se registrar que o juiz pode (*rectius*, deve) conhecer de ofício a decadência legal (CC, art. 210), também sendo lícito ao Ministério Público suscitá-la quando estiver intervindo no processo. Não poderá, no entanto, a toda evidência, conhecer *motu proprio*, *sponte sua*, sem a provocação da parte interessada, a decadência convencional, que, sendo instituída pelas partes, deliberando sobre interesses puramente particulares, somente por elas poderá ser suscitada (CC, art. 211). Por igual, pela mesma motivação, o Ministério Público não poderá provocar a discussão sobre a decadência convencional.

## 4

### DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Por ser extremamente comum a confusão entre os referidos institutos, importa distinguir, com precisão, a *prescrição* da *decadência*, evitando graves equívocos.

Aliás, consoante a preleção de FÁBIO ULHOA COELHO, a confusão é justificável, pois “tanto a prescrição quanto a decadência reúnem os mesmos elementos: inércia do sujeito em exercer o direito (fator subjetivo) e decurso do tempo fixado em lei (fator objetivo)”.<sup>88</sup> Apesar disso, não se confundem.

Sob um determinado prisma, é possível afirmar que a prescrição diz respeito aos direitos subjetivos patrimoniais (aqueles que trazem consigo a possibilidade de que o titular exija de alguém um determinado comportamento). Por isso, a prescrição fulmina a *pretensão* de exigir o comportamento economicamente apreciável. Submete-se à prescrição, por exemplo, o crédito. A outro giro, a decadência concerne aos direitos potestativos, que, por essência, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação. A decadência, assim, refere-se àqueles direitos cujo exercício depende, tão somente, do próprio titular, como, *e. g.*, reclamar vícios redibitórios ou anular um contrato por vício de vontade. Fulmina o próprio direito.

Noutra dimensão, é de ser sublinhado que a prescrição está associada às *ações condenatórias* (nas quais se materializa a pretensão), enquanto a decadência atrela-se às

<sup>88</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 372.

*ações constitutivas* (em que a o pedido é caracterizado pelo exercício de um direito cujo exercício dependerá do próprio titular apenas).

Nessa ordem de ideias, enquanto a *decadência*, que se refere ao próprio direito material e cujo prazo “*não se interrompe, nem se suspende, corre indefectivelmente contra todos e é fatal, peremptório, termina sempre no dia preestabelecido*”, como ensina WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO,<sup>89</sup> a *prescrição*, que fulmina a pretensão de ver reparada uma lesão a direito subjetivo patrimonial e disponível, pode ser interrompida na forma e para os casos previstos em lei.

Sinteticamente, esclareça-se que os efeitos da decadência e os da prescrição são diversos, pois aquela *faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício* (direitos potestativos), enquanto esta *perece a pretensão do titular para defender o direito já afirmado*, porém comprometido por importunação alheia (direitos subjetivos patrimoniais).

De maneira bem clara: a prescrição atinge os direitos armados com a pretensão (que são os direitos subjetivos), enquanto a decadência ou caducidade fulmina os direitos sem pretensão (os direitos potestativos).

Obviamente, tanto os prazos de decadência, quanto os de prescrição, devem estar expressamente previstos em lei. Aliás, em regra, somente a lei é que pode fixar tais prazos, uma vez que os seus efeitos extinguem o direito ou obstam o exercício deste. Todavia, não se olvide a possibilidade de as partes estabelecerem, em negócio jurídico, prazos de decadência convencional, o que não pode ocorrer com a prescrição, cujos prazos encontram-se, todos, em lei.

Não havendo prazo prescricional específico para o exercício de determinada pretensão de conteúdo patrimonial, aplicar-se-á a cláusula geral (CC, art. 205). Mas, em se tratando de direito potestativo, não existindo prazo estabelecido em lei, não estará sujeito à extinção pelo não exercício.

Organizando sistematicamente a questão, é possível estabelecer os seguintes critérios de distinção entre os institutos:

- i) pelo objeto, pois a prescrição fulmina a pretensão de ver reparado um direito, enquanto a caducidade atinge o próprio direito;
- ii) quanto a inércia, a prescrição pressupõe o não exercício do direito de defesa; já a decadência preestabelece prazo para o exercício do próprio direito material;
- iii) a prescrição admite interrupção, suspensão e renúncia, enquanto na decadência não se admitem quaisquer das hipóteses;
- iv) no que concerne às fontes, a prescrição deriva apenas da lei, enquanto a decadência pode ter origem convencional (contrato, testamento...);
- v) de acordo com a natureza do direito correlato, a prescrição restringe-se ao campo patrimonial, ao contrário da caducidade, que atinge relações não patrimoniais, como no Direito de Família;

<sup>89</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 299.

- vi) pela origem e natureza, a prescrição somente se inicia com a violação ao direito, ao passo que a decadência floresce juntamente com o direito;
- vii) quanto à possibilidade de arguição ou declaração, tanto a prescrição, quanto a decadência, podem ser conhecidas *ex officio*, com exceção da caducidade convencional.

Postas as distinções no tratamento da matéria, é mister, seguindo a linha de entendimento dos estudos mais modernos sobre a distinção entre a prescrição e a decadência, *se fixar no tema através do necessário cotejo entre os prazos extintivos e a classificação tradicional das ações (condenatórias, constitutivas e declaratórias)*, como bem concatenou o Professor paraibano AGNELO AMORIM FILHO,<sup>90</sup> em trabalho que se imortalizou pelo pioneirismo e excepcional estruturação.

Dessa forma, seguindo a linha de compreensão proposta pelo festejado mestre, a prescrição diz respeito aos direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória, no prazo devido (arts. 206 – prazos especiais – e 205 – cláusula geral de prescrição). São os exemplos da ação de indenização por danos morais e materiais, cujo prazo extintivo é de três anos (CC, art. 206, § 3º, inciso V), e da ação de petição de herança, para reclamar o recebimento da posse e propriedade de bem transmitido por sucessão *causa mortis*, cujo prazo prescricional é de dez anos (CC, art. 205).

Já a decadência refere-se a direitos potestativos que não foram exercitados pelo titular em determinado prazo. Assim, quando se tratar de uma ação constitutiva (positiva ou negativa), cujo escopo é criar ou extinguir uma relação jurídica, que não foi manejada em tempo útil pelo titular, o prazo será decadencial. Veja-se que havendo prazo específico para o exercício de uma ação constitutiva, será de decadência (quando se tratar de ação anulatória, não havendo prazo específico em lei, aplica-se o prazo do art. 179 do Código Civil). Como exemplo, vale lembrar a ação de anulação de casamento. Se não há prazo em lei para o seu exercício, a ação constitutiva não se submete a prazo extintivo (é o caso da ação de separação judicial ou de divórcio).

Por seu turno, considerando o seu conteúdo, as ações meramente declaratórias são imprescritíveis, por tenderem, simplesmente, ao reconhecimento da existência, ou não, de determinada situação jurídica. Como exemplo vale citar a ação de investigação de paternidade, em que se pretende, apenas, reconhecer o vínculo filiatório que já existe.<sup>91</sup>

Estruturando a matéria para facilitar a compreensão:

- as *ações condenatórias* submetem-se aos prazos prescricionais contemplados na legislação (se não houver prazo específico no art. 206 do Código Civil, a prescrição será regulada pela cláusula geral do art. 205 da mesma lei);

<sup>90</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, op. cit., p. 725-750.

<sup>91</sup> O Supremo Tribunal Federal cimentou entendimento na Súmula 149 no sentido de que a ação de investigação de paternidade é, sempre, imprescritível, muito embora outros pedidos cumulados com o reconhecimento de filho submetam-se a prazos prescricionais, como a petição de herança. Note-se: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.



- as *ações constitutivas*, se houver prazo previsto em lei, serão decadenciais (não havendo prazo estabelecido em lei, as ações constitutivas não se submetem a lapso temporal extintivo);
- as *ações declaratórias* sempre serão imprescritíveis.

Vale o alerta para que não se promova confusão entre a prescrição e a decadência com outros institutos similares, como a *preclusão* e a *perempção*. Estes são institutos com nítida natureza processual, ao revés da prescrição e decadência, que têm conteúdo de direito material. A *preclusão* diz respeito à perda de uma faculdade processual, enquanto a *perempção* concerne à perda do direito de propor uma ação em virtude de ter a parte dado causa por três vezes à extinção do processo sem julgamento de mérito (nas hipóteses emolduradas no art. 267 do Código de Processo Civil), tendo em vista a mesma demanda. Ocorrendo a perempção, a quarta ação objetivando a mesma pretensão tem de ser extinta sem julgamento de mérito.<sup>92</sup>

Finalmente, observe-se que a decisão judicial reconhecendo a decadência ou a prescrição é decisão de mérito, assemelhada, a toda evidência, à decisão que rejeita o pedido da parte autora. Por isso, o Código de Processo Civil, em seu art. 269, inciso I, reconhece que o acolhimento da prescrição ou da decadência produz extinção do processo “com julgamento de mérito”.

Para facilitar a compreensão da matéria, observe-se o quadro a seguir:

QUADRO COMPARATIVO

	PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
<b>Objeto</b>	Extingue a pretensão	Extingue o direito
<b>Prazo</b>	É fixado por lei	Pode ser estabelecido por lei ou pela vontade das partes
	Pode ser suspenso, impedido ou interrompido	Corre contra todos, não admitindo as causas de interrupção, suspensão ou de impedimento (exceção: art. 198, I, CC)
<b>Análise pelo juiz</b>	A prescrição, apesar de dizer respeito a interesses patrimoniais, poderá ser conhecida de ofício pelo juiz (art. 219, CPC)	A decadência legal pode ser conhecida de ofício, enquanto a caducidade convencional não pode
<b>Arguição</b>	Só pode ser invocada em instâncias ordinárias. Em instância especial, caso não haja o prequestionamento, não pode ser alegada	Pode ser alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, exceto nas instâncias extraordinárias, salvo quando houver prequestionamento
<b>Renúncia</b>	Após a consumação, pode ser renunciada, desde que não prejudique a terceiros	A decadência legal não admite renúncia, nem após a sua consumação

<sup>92</sup> Esse é o pensamento de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY. *Código de Processo Civil Comentado*, op. cit., p. 728.

Também para auxiliar a compreensão da matéria, convém trazer a lume quadro comparativo entre a prescrição e a decadência, a partir da própria legislação civil:

CÓDIGO CIVIL

PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
<p><b>CAPÍTULO I</b> <b>DA PRESCRIÇÃO</b> <i>Seção I</i> <i>Disposições Gerais</i></p> <p><b>Art. 189.</b> Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.</p> <p><b>Art. 190.</b> A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.</p> <p><b>Art. 191.</b> A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.</p> <p><b>Art. 192.</b> Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.</p> <p><b>Art. 193.</b> A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.</p> <p><b>Art. 194.</b> Revogado pela Lei nº 11.280/06.</p> <p><b>Art. 195.</b> Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.</p> <p><b>Art. 196.</b> A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.</p>	<p><b>CAPÍTULO II</b> <b>DA DECADÊNCIA</b></p> <p><b>Art. 207.</b> Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.</p> <p><b>Art. 208.</b> Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.</p> <p><b>Art. 209.</b> É nula a renúncia à decadência fixada em lei.</p> <p><b>Art. 210.</b> Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.</p> <p><b>Art. 211.</b> Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.</p>

5  
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA E O DIREITO INTERTEMPORAL

É de grande importância teórica e prática a questão da aplicação intertemporal dos prazos prescricionais e decadenciais. É dizer, releva saber como serão regidos os prazos que se iniciaram antes da vigência do Código Civil de 2002.

Vale registrar que a Codificação vigente reduziu, sensivelmente, os prazos de prescrição e decadência, atendendo a um natural anseio social, considerando a dinâmica e velocidade da vida (pós) moderna. Não seria crível que, no estágio atual da sociedade, os prazos extintivos fossem dilatados, como no Código Civil de 1916.

Quanto à aplicação temporal da prescrição e decadência, o art. 2.028 da Codificação traz a norma de regência:

Art. 2.028, Código Civil:

“Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

De fato, o texto não tem redação das mais elogiáveis, exigindo esforço interpretativo. Promovendo a exegese da regra codificada em apreço, organiza-se a matéria em duas diferentes vertentes:

- i) se o prazo de prescrição e decadência foi reduzido pelo Código Civil de 2002 e, na data em que a nova Lei Civil entrou em vigor, já havia transcorrido mais da metade do tempo, continuará a contagem pela norma anterior. Exemplificando: o Código Civil de 1916 previa o prazo prescricional de 20 anos para a pretensão indenizatória por danos morais e materiais. Ora, se um ilícito civil foi praticado em 11.1.1990, quando da vigência da *novel* lei, já havia fluído mais da metade do prazo (13 anos). Nesse caso, o prazo manterá a fluência, prescrevendo a pretensão em 20 anos.
- ii) noutra hipótese, se o prazo foi reduzido pelo *Codex* de 2002, porém, na data em que ganhou vigência ainda não tinha fluído mais da metade do referido prazo, o caso passa a estar submetido ao novo prazo reduzido. Aproveitando o exemplo antecedente, se o ilícito ocorreu em 11.1.1995, tem-se que, na vigência da nova lei, só haviam transcorrido oito anos, pelo que o caso *sub oculis* passa a estar submetido ao novo prazo (reduzido). Surge, então, um problema: qual será o termo inicial (*dies a quo*) do novo prazo? A resposta é que o novo prazo fluirá desde a data em que entrou em vigor a nova (e redutora) norma jurídica.<sup>93</sup> Pensar diferente implicaria em admitir o absurdo de que alguns prazos já estivessem expirados quando da vigência da Codificação de 2002 (no exemplo citado, se o termo inicial fosse o próprio ilícito, quando da vigência do Código, a pretensão já estaria prescrita). Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça cimentou entendimento, pacificando a questão: “Infere-se, portanto, que tão somente os prazos em curso que ainda não tenham atingido a metade do prazo da lei anterior estão submetidos ao regime do Código vigente. Entretanto,

<sup>93</sup> ANTONIO JEOVÁ SANTOS, em obra dedicada à questão em apreço, invoca um elucidativo acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: “Tratando-se de lei que encurtou o prazo da prescrição, ela é aplicável às prescrições em curso, *mas contando-se o novo prazo da data em que a mesma lei começou a vigorar*” (STF, RE 51.706/MG, Rel. Min. Luiz Galloti, j. 4.4.1963). Aliás, o próprio autor explica que havendo redução prazal e não ultrapassada a metade do lapso temporal, aplica-se o novo prazo, contado “da data em que o novo Código entrou em vigor, desprezando o tempo que fluiu”. Cf. *Direito intertemporal e o novo Código Civil*, op. cit., p. 108. Confirmando a afirmativa, foi aprovado o Enunciado 50 da Jornada de Direito Civil: “A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei”.

*consoante nossa melhor doutrina, atenta aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irretroatividade legal, esses três anos devem ser contados a partir da vigência do novo Código, ou seja, 11 de janeiro de 2003, e não da data da ocorrência do fato danoso”* (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 698.195/DF, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 4.5.2006, DJU 29.5.2006, p. 254).

Em suma-síntese: se o prazo prescricional ou decadencial foi diminuído pelo Código Civil de 2002 e, na data em que passou a vigor a referida lei, ele já havia transcorrido mais da metade do prazo previsto na lei anterior, continuará, então, o seu fluxo normal. Porém, se, na data de vigência do Código de 2002, ainda não havia escoado mais de sua metade, passará a valer o novo prazo, diminuído, fluindo desde a data em que a lei teve vigência (ou seja, 11.1.2003).

Como a Lei Civil não fez alusão às hipóteses de aumento de prazo, nem aos casos em que o prazo foi mantido, resta entender que seguirão regidos pelo prazo anterior, com fluência normal do lapso temporal.

## 6

### ALGUNS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E DE DECADÊNCIA

Vale a pena, a título de facilitação do estudo e pelo evidente interesse prático que encerra, apresentar alguns prazos prescricionais e decadenciais previstos no nosso ordenamento jurídico:

- i) *ação popular*, prazo prescricional de cinco anos (Lei nº 4.717/65, art. 21);
- ii) *ação rescisória*, prazo decadencial de dois anos (CPC, art. 495);<sup>94</sup>
- iii) *ação trabalhista*, prazo prescricional de cinco anos para reclamar os créditos resultantes das relações trabalhistas, respeitado o limite de dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para a propositura da ação (prazo decadencial);
- iv) *ação reparatória por acidente de trabalho*, prazo prescricional de cinco anos (Lei nº 8.213/91, art. 103);
- v) *ação para requerer abatimento do preço de aeronave adquirida com vício oculto (vício redibitório)*, prazo decadencial de seis meses, contados da tradição (Lei nº 7.565/86 – Código Brasileiro de Aeronáutica, art. 316);
- vi) *ação de execução de alimentos*, prazo prescricional de dois anos (CC, art. 206, § 2º);
- vii) *ação de cobrança de aluguéis em prédios urbanos ou rústicos*, prazo prescricional de três anos (CC, art. 206, § 3º, I);
- viii) *ação de anulação de casamento do menor em idade núbil, não autorizado por seu representante legal, por iniciativa do próprio incapaz (ao deixar de sê-lo, contado o prazo a*

<sup>94</sup> Não se ignore que a Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça é de clareza solar ao asseverar que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

*partir da sua maioridade civil) ou dos representantes (contado o prazo do dia da celebração) ou dos sucessores (fluindo o prazo a partir do óbito do menor), prazo decadencial de 180 dias;*

- ix) ação de anulação de casamento, na hipótese de coação (contado o prazo da data da celebração do matrimônio), prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 1.560, IV);*
- x) ação de anulação de casamento, na hipótese de incompetência do celebrante (fluindo o prazo da celebração do casamento), prazo decadencial de dois anos (CC, art. 1.560, II);*
- xi) ação de anulação de casamento de menor de dezesseis anos (contando o prazo da data em que perfez essa idade, quando promovida por ele mesmo ou do casamento, quando promovida pelos seus representantes), prazo decadencial de 180 dias (CC, art. 1.560, § 1º);*
- xii) ação de anulação de casamento do incapaz de consentir (fluindo o prazo da data da celebração do matrimônio), prazo decadencial de 180 dias (CC, art. 1.560, I);*
- xiii) ação de anulação de casamento por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (contado o prazo da celebração do casamento), prazo decadencial de três anos (CC, art. 1.560, III);*
- xiv) ação para o consumidor exigir a reparação dos danos, prazo prescricional de cinco anos (CDC, art. 27);*
- xv) prazo para o consumidor reclamar (judicial ou administrativamente) vícios aparentes ou de fácil constatação, prazo decadencial de 30 dias (se o bem é não durável) ou 909 dias (se o bem é durável), contados da entrega do produto ou término do serviço (CDC, art. 26, I e II);*
- xvi) ação de desapropriação, contado o prazo da expedição do decreto expropriatório, prazo prescricional de cinco anos (Decreto-lei nº 3.365/41, art. 10);*
- xvii) ação de cobrança de dívidas líquidas, constantes de instrumento público ou particular, prazo prescricional de cinco anos (CC, art. 206, § 5º);*
- xviii) prazo para a minoria vencida nas Fundações impugnar a alteração junto ao Ministério Público, prazo decadencial de dez dias, contados da ciência (CC, art. 68);*
- xix) ação de cobrança dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, prazo prescricional de um ano (CC, art. 206, § 1º, I);*
- xx) direito de reclamar a indignidade do herdeiro ou legatário, prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 1.815, parágrafo único);*
- xxi) provar a deserdação alegada em declaração de última vontade pelo autor da herança, prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 1.965, parágrafo único);*
- xxii) anular ato de constituição de pessoa jurídica de direito privado, prazo decadencial de três anos (CC, art. 45, parágrafo único);*
- xxiii) ação de cobrança de mensalidades escolares, prazo prescricional de cinco anos (CC, art. 206, § 5º, I);*
- xxiv) reclamar a indenização do seguro pelo beneficiário contra o segurador, prazo prescricional de três anos (CC, art. 206, § 3º, IX);*

- xxv) *ação de reparação civil (indenização por danos materiais e morais)*, prazo prescricional de três anos (CC, art. 206, § 3º, V);
- xxvi) *ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada*, prazo prescricional de cinco anos (Súmula 291, STJ);
- xxvii) *ação do segurado contra a seguradora para exigir o pagamento da indenização devida em razão da ocorrência de sinistro*, prazo prescricional de um ano (Súmula 101, STJ);<sup>95</sup>
- xxviii) *ação do depositante de pessoa jurídica para anular o processo de incorporação por sociedade anônima*, prazo prescricional de três anos (Lei nº 6.404/76, art. 287, II, b);<sup>96</sup>
- xxix) *ação de anulação do negócio jurídico por defeito do negócio jurídico*, prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 178), contados da data da celebração do negócio jurídico,<sup>97</sup> salvo na hipótese de coação, quando se conta o prazo da data em que cessar a violência.

<sup>95</sup> Já se esclareceu, de qualquer maneira, em sede jurisprudencial, que essa prescrição ânua, em contratos de seguro, “pertine à relação entre segurado e segurador, e não entre este e o beneficiário da apólice” (TJ/SE, Ac. Unân., 1ª Câm. Cív., Ap. Cív. 1029/2001 – Comarca de Aracaju, Rel. Desa. Josefa Paixão de Santana, j. 12.3.2002), cujo prazo prescricional é de três anos (CC, art. 206, § 3º, IX).

<sup>96</sup> Aclamando esse entendimento, STJ, Ac. 4ª T., REsp. 94.453/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.4.2003.

<sup>97</sup> A jurisprudência é pacífica: “o prazo prescricional para a ação de anulação ou rescisão de contrato de escritura pública na compra e venda sob o fundamento de fraude de imóvel é de quatro anos, a contar da celebração” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 184.508/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 19.8.2003).



# IX

## A PROVA DO NEGÓCIO JURÍDICO (A PROVA CIVIL E AS SUAS DIMENSÕES)

### SUMÁRIO:

1 Escorço histórico e importância. 2 Noções conceituais. 3 Prova e verdade: reminiscências imprescindíveis. 4 Direito constitucional à prova civil. 5 Natureza jurídica das leis referentes à prova: a combinação das regras do Código Civil com o Código de Processo Civil. 6 O objeto da prova. 7 O ônus da prova. 7.1 Generalidades e a teoria da carga probatória dinâmica. 7.2 O ônus da prova como regra de julgamento. 7.3 O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 8 A admissibilidade da prova emprestada. 9 O juiz e a atividade probatória (os poderes do juiz na produção de provas). 10 A prova do direito estrangeiro quando admitida a sua aplicação. 11 A questão da prova ilícita à luz da técnica de ponderação dos valores constitucionais. 12 Licitude da gravação de conversa por um dos interlocutores. 13 A interceptação telefônica e a sua excepcional admissibilidade em sede civil. 14 Possibilidade de requisição de documentos e informações resguardadas por sigilo legal à Receita Federal, ao Banco Central do Brasil e às instituições bancárias. 15 A revelia e a prova. 16 A confissão. 16.1 Generalidades. 16.2 Natureza jurídica (a confissão como um ato jurídico em sentido estrito: sepultando a polêmica sobre o assunto). 16.3 A anulabilidade da confissão. 16.4 A confissão realizada por quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados. 16.5 A possibilidade de confissão pelo representante da parte. 16.6 Não vinculação do magistrado à confissão. 17 Prova documental. 17.1 Generalidades e uma nova concepção de prova documental, admitidos os documentos eletrônicos. 17.2 Documento público. 17.3 O documento particular. 17.4 O telegrama e sua força probatória. 17.5 Prova através de cópia fotográfica de documento e necessidade de autenticação oficial. 17.6 Cópias produzidas através de fac-símile (fax) ou qualquer meio semelhante. 17.7 Ausência do título de crédito ou do documento original e impossibilidade de suprimento de prova. 17.8 Uso obrigatório do vernáculo nos documentos e as regras do Mercosul. 17.9 Prova documental através de reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e reproduções mecânicas e a admissibilidade de fotografias digitais. 17.10 Admissibilidade do documento eletrônico como prova documental. 17.11 Livros e fichas dos empresários e empresas. 18 Prova pericial. 18.1 Generalidades. 18.2 Possibilidade de recusa à perícia médica. 18.3 Perícia médica necessária e a não aproveitabilidade da recusa em submeter-se à perícia. 18.4 Inaplicabilidade da regra legal a casos específicos de justificada recusa ao exame médico (homenagem ao princípio da proporcionalidade). 18.5 A presunção judicial gerada pela recusa e a inutilidade do art. 232 do Código Civil. 19 Prova testemunhal. 19.1 Noções gerais. 19.2 Admissibilidade da prova testemunhal. 19.3 O direito ao silêncio da testemunha e das próprias partes. 19.4 A produção de prova testemunhal por meios eletrônicos. 19.5 Depoimento de uma única testemunha como meio de prova. 19.6 Condições de admissibilidade das testemunhas. 19.7 A possibilidade de escusa legítima do dever de prestar testemunho.

*“Existem provas de amor; Provas de amor apenas Provas de amor; Não existe o amor; Não existe o amor; Não existe o amor; não existe o amor, apenas provas de amor.”*

(TITÁS, *Provas de amor*,  
de PAULO MIKLOS)

*“E nessa loucura de dizer que não te quero  
Vou negando as aparências,  
disfarçando as evidências  
Mas para que viver fingindo  
Se eu não posso enganar meu coração  
Eu sei que te amo.”*

(CHITÃOZINHO E XORORÓ, *Evidências*,  
de PAULO SÉRGIO VALLE e JOSÉ AUGUSTO)

# 1

## ESCORÇO HISTÓRICO E IMPORTÂNCIA

É simples perceber a importância do estudo da prova. Basta lembrar que entre os povos da antiguidade, dada a ausência de critérios técnicos e racionais para demonstração de acontecimentos que repercutiam no direito, a prova era influenciada pela religião, invocando-se “proteção divina na busca da verdade”, como lembra JOÃO BATISTA LOPES.<sup>1</sup>

Assim, chegou-se mesmo ao absurdo de tentar descobrir a verdade através da “prova pelo fogo” (com o acusado tocando com a língua um ferro quente, pois se queimasse estaria mentindo), da “prova das serpentes” (quando se lançava o réu no meio de répteis, sendo considerado culpado se fosse picado), da “prova das bebidas amargas” (pela qual se ministrava à mulher acusada de adultério bebidas fortes e amargas, sendo, absurdamente, presumida a quebra do dever de fidelidade e respeito se viesse a contrair os músculos do rosto), dentre outros meios verdadeiramente cruéis. Tudo isso sem esquecer dos velhos e conhecidos *duelos*, que também serviram como meio de prova, dada a crença de que o ente Divino não permitiria a vitória daquele que não estivesse alegando fatos verdadeiros.<sup>2</sup>

Nessa ambientação, vislumbra-se a importância da sistematização das regras sobre as provas, tocando o interesse, a um só tempo, ao direito material e ao direito processual. Assim, a organização e sistematização das regras referentes às provas afiguram-se de extrema importância não somente para impedir o arbítrio do magistrado, garantindo o império da norma constitucional que assegura o devido processo legal (art. 5º, LV), bem assim como para permitir maior segurança nas relações jurídicas como um todo.

São variados os sistemas existentes para sustentar a possibilidade de produção de provas: (i) *o sistema do civil law*, com a prova produzida em audiência perante o juiz, predominando o elemento escrito, o que importa em retardamento da instrução processual; (ii) *o sistema do common law*, com a presença de jurados, avultando a importância da oralidade, possibilitado o “interrogatório cruzado” (perguntas e reperguntas diretas) e sem a intervenção do Ministério Público na área civil, como se tem nos Estados Unidos da América; (iii) *o sistema socialista*, abraçado nos países do leste europeu, cujo procedimento é predominantemente oral, caracterizado pelo contato do juiz com as partes, impondo-se a busca da verdade real.

O sistema brasileiro é resultado de vários outros, aperfeiçoado. É que a evolução da prestação jurisdicional exigiu uma natural evolução da prova. Assim, entre nós, avulta a *oralidade* na colheita da prova, *contato direto* do juiz com as provas produzidas, *preocupação com a simplificação e celeridade do processo* e *fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz*, conseqüência natural da afirmação das chamadas *cláusulas gerais*.

<sup>1</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 19.

<sup>2</sup> Os exemplos foram talhados por JOÃO BATISTA LOPES, que lembra terem sido substituídas tais “modalidades probatórias” pelo juramento, especialmente entre os gregos e os romanos, ainda marcado pela forte influência religiosa (*A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 20).

É assim que o sistema jurídico brasileiro, a partir do comando maior do art. 93 da *Lex Fundamentallis*, acolhe o *sistema da persuasão racional* (repetido pelo art. 131 do Código de Processo Civil), consagrando o livre convencimento motivado, de modo que o juiz, livremente, forme o seu juízo de convencimento, respeitados, todavia, alguns parâmetros de valoração probatória.

Prestigia-se, dessa maneira, o sistema de apreciação das provas de acordo com o convencimento do julgador, a partir do acervo concreto apresentado nos autos, obstando, assim, que se materializem decisões arbitrárias e despóticas.

Não fosse apenas o alto relevo teórico da prova e seus contornos, evidencia o seu estudo, outrossim, incontroversa importância prática, centrada, especialmente, na impossibilidade de discutir, em sede de recurso extraordinário e especial (dirigidos, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para garantir a correta aplicação da norma constitucional ou da legislação federal, basicamente), a análise probatória do caso concreto submetido à atividade judiciária. É que, nos precisos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Assim, nos recursos excepcionais (cujo cabimento é restrito, admitidos apenas nas hipóteses dos arts. 102 e 105 da Carta Maior), é descabida a discussão sobre o acerto ou desacerto do convencimento do juiz.

Tempere-se, porém, essa regra, lembrando que na hipótese de aplicação indevida dos institutos jurídicos relativos à prova, admitir-se-á o recurso especial (direcionado ao Superior Tribunal de Justiça) com o propósito de assegurar a correta aplicação da lei federal.

Nessa linha de raciocínio, é fácil perceber a grande importância – teórica e prática – da prova para a vida em sociedade, afinal, “aquilo que se não prova equivale ao que não existe”, como desfecha WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO.<sup>3</sup>

## 2 NOÇÕES CONCEITUAIS

Etimologicamente, o termo *prova* deriva da expressão latina *probo, probatio, probus*, querendo significar bom, reto, honrado, decorrendo, naturalmente, o sentido de que a prova resulta no que é autêntico. Comumente, por isso, liga-se a prova à ideia de demonstração da veracidade de uma proposição.<sup>4</sup>

Juridicamente, o vocábulo *prova* é plurívoco, não unívoco. Hospeda diferentes sentidos, referindo-se tanto ao fato representado, quanto à atividade probatória, como, também, ao meio ou fonte de prova e ao convencimento gerado.<sup>5</sup>

Assim, somente se faz mister falar de prova quando se afirma algo cuja exatidão se tem de demonstrar. É a demonstração ou descoberta de uma situação afirmada.

<sup>3</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 288.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, op. cit., p. 67.

<sup>5</sup> Em conformidade com a ideia do texto, faça referência a EDUARDO CAMBI. *Direito constitucional à prova no processo civil*, op. cit., p. 47.

Lembre-se, por oportuno, que não se deve confundir a *prova* com a *forma dos fatos jurídicos*. Esta (a forma) é elemento integrante do fato jurídico (negocial), enquanto aquela (a prova) pode ser constituída por um elemento do negócio jurídico (como um instrumento público de contrato) ou mesmo estranho a ele, como um outro documento ou uma perícia.<sup>6</sup> Andou bem o legislador salientando essa distinção.

O termo *prova* pode ser tomado em dois significados distintos. Objetivamente, o vocábulo *prova* concerne aos meios destinados a demonstrar a existência concreta de um fato. De outra banda, não se pode negar um senso subjetivo para a compreensão da prova, encarando-a, também, como um verdadeiro estado de convicção que é gerado no intérprete e no aplicador ao analisar os meios apresentados em juízo pelas partes e pelo Ministério Público para o convencimento do julgador. Em síntese, *prova* significa, a um só tempo, os instrumentos de que se vale o magistrado para formatar o seu convencimento, a partir dos fatos que passa a conhecer (v. g., o documento que atesta a existência de um contrato ou a perícia que confirma a filiação), bem assim como o próprio juízo valorativo que se forma a partir dos fatos que são expostos e afirmados.

Desse modo, prova é, a um só tempo, o meio retórico, admitido por lei, direcionado a gerar um estado de convicção quanto à existência de um fato e a própria convicção produzida. Enfim, é a soma dos fatos que produzem um estado espiritual de certeza.

Talvez por isso, historicamente, veio a prova atrelada à ideia de *reconstrução possível de fatos*. No entanto, é imperioso perceber a impossibilidade absoluta de reelaboração perfeita de fatos pretéritos, até porque é impossível extirpar todas as dúvidas e incertezas acerca da existência efetiva de uma determinada situação. Vale mesmo lembrar que quem lida com a prova não são historiadores e, conseqüentemente, não se tem preparo para uma intrincada pesquisa sobre tempos passados. Ou seja, a verdade, admitida como essência de um fato passado, nunca será alcançada, em razão da impossibilidade de se recuperar o que já passou, como percebem os modernos filósofos do direito.

Nessa trilha, é fácil extrair que a prova, no estágio atual da ciência jurídica, estará unida, muito mais, à feliz escolha de uma situação tendente a constituir uma decisão judicial justa, adequada e eficaz sobre determinado fato controvertido. É dizer, não se pode mais ter a audácia de imaginar que seria possível reconstituir situações ocorridas há muito tempo, ainda que em outras circunstâncias e tempo.

Trata-se, pois, de *elemento argumentativo e dialético*,<sup>7</sup> utilizado pelo interessado (em senso amplíssimo), para influir no estado de convencimento do magistrado. Serve a prova, assim, como fundamento, lastro necessário, para a demonstração de determinadas situações (existência ou não de um contrato, por exemplo) e deliberação sobre determinados acontecimentos (decisão judicial resolvendo um conflito de interesses).

<sup>6</sup> Com esse pensar, PAULO NADER. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 590.

<sup>7</sup> Sobre o tema, CHAÏM PERELMAN percebe que as provas fazem referência a proposições ou, em outra linguagem, a *teses*. E mais, sustenta que tais proposições, como não podem ser expressadas apenas por critérios metafísicos, são materializadas através da *linguagem*, motivo pelo qual a descrição de acontecimentos reais sofre as motivações culturais, emotivas, e práticas, caracterizando verdadeira “obra humana”. Cf. *Retóricas*, op. cit., p. 164.

Supera-se, assim, a falsa impressão de que a prova significaria um meio para a demonstração da verdade,<sup>8</sup> modernizando a sua conceituação, à luz da chamada multirreferencialidade, ou seja, considerando conceitos imprescindíveis emanados de outros ramos do conhecimento.

Destaque-se, ademais, que a prova faz referência à demonstração de fatos jurídicos. Por isso, através dela são demonstrados fatos que repercutem na órbita jurídica, tendo a potencialidade de produzir efeitos, com a primordial finalidade de garantir a defesa de direitos.

### 3

## PROVA E VERDADE: REMINISCÊNCIAS IMPRESCINDÍVEIS

É praticamente intuitiva a ideia de que o estudo do tema *prova* sugere a busca incessante e frenética da *verdade dos fatos ocorridos*, que será desvendada através dos mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico. Não por outro motivo, a doutrina civilista clássica brasileira afirmou, sem cerimônias, que a prova nada mais era do que “o conjunto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de um ato jurídico”, nas palavras de CLÓVIS BEVILÁQUA.<sup>9</sup>

Surge, no entanto, interessante questionamento, fundado no que seja, substancialmente, a verdade e sobre a possibilidade de ser demonstrada concretamente. Em outras palavras, apresenta-se importante questionar sobre a efetiva possibilidade de demonstração da verdade através da ciência jurídica. Onde está a verdade quando duas pessoas enxergam um mesmo acontecimento com diferentes percepções, em face de seus distintos sentimentos e emoções? Quem está dizendo a verdade quando, por conta das naturais dicotomias e discrepâncias da comunicação humana, o emissor pensa que transmitiu uma mensagem com determinado conteúdo, mas o receptor a compreendeu com outro significado?

Lembre-se, para ilustrar essas ideias, a clássica página literária brasileira, do romance *Dom Casmurro*, do imortal e genial MACHADO DE ASSIS, em cujas linhas permanece a dúvida se Capitu traiu, ou não, a Bentinho, até os dias de hoje, apesar de muitos debates e estudos, não se podendo apresentar uma resposta conclusiva. A pergunta continua pertinente: qual é a verdade, ela o traiu ou não?<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Esse sempre foi o entendimento prevalecente na doutrina brasileira, afirmado, *exempli gracia*, por EDUARDO ESPÍNOLA, referido por ARNALDO RIZZARDO. Cf. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 680.

<sup>9</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 321. Comungando com o mesmo pensamento, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO era mais direto afirmando, com referências a CUNHA GONÇALVES, que prova era a “demonstração da verdade de um fato” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 288).

<sup>10</sup> *Dom Casmurro* é um dos mais conhecidos livros de MACHADO DE ASSIS e foi escrito em 1899 e publicado em 1900. Narra em primeira pessoa a vida do personagem carioca Bento de Albuquerque Santiago, o Bentinho, que, por motivos diversos, termina, paulatinamente, se fechando em si mesmo – motivo que o leva a ser conhecido como *Dom Casmurro*. Após abandonar o seminário, opta por casar com Capitu, após se formar em Direito. Estabelecido um estreito laço de amizade com o colega Escobar, que chega a se casar com Sancha, amigo de Capitu, nasce o filho de Bentinho e Capitu, Ezequiel. Durante o velório de Escobar, Bentinho estranha a forma com a qual Capitu contempla o cadáver: “Momento houve em que os olhos de Capitu fitaram o defunto, quais



Nessa dimensão, é fatal reconhecer a impossibilidade de tratar a questão exclusivamente sob o prisma jurídico, sendo mister o concurso de outras áreas do conhecimento humano, especialmente da filosofia, da psicologia, da antropologia e da história.<sup>11</sup>

Por isso, a pretensiosa ideia de se descortinar a *verdade* por meio da *prova* não passa de utopia, em face da intangibilidade do seu conceito. Seria ingênuo – se não fosse absolutamente audacioso – imaginar que o direito probatório seria capaz de determinar a verdade absoluta de fatos pretéritos, reconstruídos através de testemunhos, documentos, perícias...

É que não se pode olvidar que a reconstrução dos fatos ocorridos – e demonstrados juridicamente através da prova – sofrerá, seguramente, a influência das pessoas que o apresentam (a testemunha, o perito etc.) ou daqueles que o elaboraram (no caso dos documentos), bem assim como se submete a uma confluência de fatores subjetivos no espírito do juiz, para quem se dirige, podendo o resultado do julgamento não corresponder à exata forma como se passaram os acontecimentos. Logo, são incontroversas interferências de ordem cultural, psicológica, social, religiosa, sexual, na demonstração de fatos ocorridos e, via de consequência, impossível afirmar a verdadeira dimensão dos fatos pretéritos.

Enfim, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem permeado por aspectos subjetivos de quem o presenciou ou teve conhecimento ou ainda daquele que há de receber e valorar a evidência concreta. Seguramente, quem recebe uma informação – seja presenciando diretamente o fato, seja conhecendo-o através de outro meio – altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade. Mais do que isso, o julgador *jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas tenham se passado de forma diversa àquela a que suas conclusões o levaram*.<sup>12</sup>

Nesse passo, urge reconhecer que a atividade probatória não busca a perfeita reconstrução de fatos. Até porque é impossível fazê-lo. Almeja-se com a prova formar no magistrado um *juízo de valor sobre os fatos demonstrados* e não necessariamente sobre os fatos concretamente ocorridos. Ou seja, prende-se a prova mais à ideia de *convencimento sobre fatos e situações* do que de *reconstrução* dos mesmos.

Em síntese, dada a impossibilidade de atingir a verdade, o que se pretende através dos meios probatórios é formar no julgador um *juízo de verossimilhança*, que pode ser

---

os da viúva, [...], como a vaga do mar lá fora, como se quisesse tragar também o nadador da manhã”, conforme relata o narrador. Dali em diante, é tomado por um implacável e perseguidor ciúme da esposa. Somando-se a tudo isso, uma certa semelhança entre *Ezequiel* e *Escobar* termina por gerar uma incontornável crise conjugal. Apesar de planejar o homicídio da esposa e filho, seguido de suicídio, *Bentinho* não consegue consumir o crime, decorrendo a separação do casal. *Capitu* e o filho se mudam para a Europa e *Bentinho* se torna, cada vez mais, fechado em suas dúvidas, sendo conhecido como *Dom Casmurro* e pondo-se a escrever o romance. A dúvida, então, permanece: *Capitu* o traiu, ou não?

<sup>11</sup> Confirmando essa visão interdisciplinar, MICHELE TARUFFO tonifica que “o jurista não consegue mais estabelecer que coisa seja a verdade dos fatos no processo e a que coisa servem as provas, sem defrontar-se com escolhas filosóficas e epistemológicas de ordem mais geral” (Apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 39).

<sup>12</sup> A lição é de MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 281.

visto – embora em conceito imperfeito tecnicamente, mas utilizável para a compreensão da matéria – como uma espécie de verdade possível, provável, aproximada, a partir do que foi demonstrado.

Bem por isso, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART observam ser fatal para o juiz, por mais atento que seja, o limite da relatividade dos fatos, imposto pela própria natureza humana: “Aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade”.<sup>13</sup>

Diante desse quadro, é lícito desfechar não ser finalidade da prova a descoberta da verdade. Através dos mecanismos probatórios tenciona-se a máxima aproximação da realidade possível ao conhecimento do ser humano, respeitada a proteção à personalidade e seus valores fundamentais. Por isso, a prova assume, modernamente, uma função argumentativa e dialética, permitindo a revelação de fatos que projetam consequências jurídicas.

Aliás, impende destacar, nesse particular, que as normas legais sobre matéria probatória não servem apenas para regular os meios pelos quais o juiz busca reconstruir fatos, mas, identicamente, tendem a traçar limites objetivos e subjetivos à atividade probatória, resguardando valores pessoais que devem estar protegidos, evitando que o litigante mais forte pudesse violentar aquele hipossuficiente, rasgando-lhe a dignidade (resguardada constitucionalmente) para produzir prova.

## 4

### DIREITO CONSTITUCIONAL À PROVA CIVIL

Nunca se teve dificuldade, em doutrina ou jurisprudência, em afirmar a existência de um direito constitucional de defesa, consubstanciado, especialmente, nos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV). Por outro lado, não se afirmava com a mesma empolgação a existência de um direito constitucional à produção de provas, terminando por ficar relegado ao segundo plano.

Todavia, a compreensão do contraditório – permeado pelo princípio também constitucional da igualdade substancial – exige o reconhecimento da garantia processual de *paridade de armas* entre as partes. Ou seja, todos têm direito às mesmas oportunidades de convencer o magistrado, utilizando-se de idênticos instrumentos para que obtenham tutela justa, adequada e eficaz ao seu direito material.

Destarte, a partir do elenco axiológico esculpido na Lei Maior, é possível inferir a existência de um verdadeiro direito constitucional à prova, encartado implicitamente dentre as garantias fundamentais e decorrendo das manifestações do *devido processo legal* em sentido substancial e processual.

Ora, a partir da cláusula *devido processo legal* decorre a afirmação de um direito de acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada (permeado pelo direito à ampla defesa

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 46.

e contraditório), conduzindo, com mão segura, à conclusão de que há um direito subjetivo de influir no espírito do julgador, convencendo-o dos argumentos apresentados, o que explicita um direito constitucional à prova.

Em outras palavras, assim como existe um direito subjetivo (garantido constitucionalmente, art. 5º, XXXIV e XXXV) de ação, permitindo iniciar o processo e obter a prestação jurisdicional, percebe-se haver um direito subjetivo de provar os fatos alegados em juízo.<sup>14</sup>

Nessa trilha, consagrado o direito à prova como garantia fundamental constitucional, é possível extrair seu significado prático consistente em permitir ao interessado que dela (da prova) retire a “*máxima potencialidade possível*”, sendo inviável e inconstitucional qualquer óbice legislativo ou judicial à ampla produção de provas, como reconhece EDUARDO CAMBI,<sup>15</sup> em opúsculo dedicado ao tema.

Por isso, o eventual desatendimento das garantias de ampla possibilidade de produção de provas e de ampla defesa caracterizam, identicamente, violação ao devido processo legal, resguardado em sede constitucional. Isto é, vulnera a Carta Magna, impondo-se ao juiz promover o controle de constitucionalidade, inclusive de ofício, toda e qualquer norma que retire ou dificulte a produção de provas, como, exemplificativamente, o art. 227 do Código Civil, que impede a prova testemunhal nos contratos cujo valor ultrapasse ao décuplo do salário-mínimo.

Não se imagine, apesar disso, que o direito constitucional à prova seria ilimitado e absoluto, devendo ser exercido em harmonia com as demais garantias e princípios constitucionais, submetendo-se, na hipótese de colidência, à necessária ponderação dos interesses,<sup>16</sup> de modo a buscar, no caso concreto, aquele que respeita com mais amplitude à dignidade da pessoa humana – que se constitui pedra de toque, fundamento, de todo o sistema jurídico brasileiro.

## 5 NATUREZA JURÍDICA DAS LEIS REFERENTES À PROVA: A COMBINAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO CIVIL COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A problemática da natureza das normas sobre as provas decorre de há muito. Desde o Código Napoleônico que já se reservava à Lei Civil a prova das obrigações (arts. 1.315 ss), enquanto o Código de Processo cuidava da formação e produção da prova no processo. Também o direito civil italiano e o português trilharam esse caminho, consagrando a ideia de que o direito material deveria tratar dos meios de prova admissíveis, além de fixar a força probante de determinados meios de prova.

<sup>14</sup> Com esse pensar, RICARDO RABONEZE. *Provas obtidas por meios ilícitos*, op. cit., p. 30.

<sup>15</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*, op. cit., p. 201.

<sup>16</sup> Sobre a ponderação de interesses, consulte-se a excelente obra de DANIEL SARMENTO, *A ponderação dos interesses na Constituição Federal*, op. cit., especialmente p. 99 ss.

Entre nós, conquanto parcela da doutrina<sup>17</sup> tenha entendido que a norma jurídica a respeito da prova possua caráter eminentemente processual, há de reinar a ideia de que não se pode deixar represada a prova no dique do direito processual. Não é possível *processualizar* a noção de prova, sendo indubitoso que o tema interessa (diretamente também) ao direito material, que, não raro, vai exigir prova específica referindo-se à forma de atos e negócios jurídicos, transcendendo os limites do processo.

Equivale a dizer: apesar de se utilizar a prova essencialmente em juízo, é inegável a sua importância também fora dele, demonstrando a existência de fatos jurídicos e as obrigações e direitos dele decorrentes.<sup>18</sup>

Por isso, o Código Civil de 2002 dedica capítulo específico para a prova, não afastando, contudo, as regras emanadas do Código de Processo Civil. Coexistem, pois, harmonicamente, as regras do direito material e processual, vislumbrando-se uma sistematização conjunta, submetida, por evidente, às diretrizes constitucionais.

Não se olvide, inclusive, uma utilidade prática no fato de a prova estar tratada no direito material, que é servir como fonte de regras para a demonstração dos negócios jurídicos.

Aliás, é preciso encalamistrar, de logo, que as regras esculpidas no Código Civil, apesar de sua posição topológica, são aplicáveis não apenas aos negócios jurídicos, mas, em verdade, a todo e qualquer fato jurídico (fato jurídico *lato sensu*), cuja compreensão estrutural é muito mais ampla, salvo exceções incompatíveis com a regra, como no exemplo do art. 215 da Lei Civil, que somente tem cabimento nos acontecimentos emanados da vontade humana.

Ilustrativamente, vale lembrar a possibilidade de aplicação das regras relativas à perícia (CC, arts. 231 e 232) em hipótese de reconhecimento de filhos, que se caracteriza como um verdadeiro *ato jurídico em sentido estrito* (ao qual se aplica, no que couber, a normatização do negócio jurídico, de acordo com o art. 185 da Lei Civil), evidenciando não estarem as normas sobre prova do Código Civil restritas ao negócio jurídico, ganhando horizontes mais amplos.

De fato, o melhor caminho é associar o sentido material da prova com o seu senso processual, uma vez que existem regras que não se encaixariam perfeitamente nem em uma, nem em outra categoria. Averbese-se, por isso, que apesar de ter eficácia pré-processual devidamente indicada na norma de direito material, a prova poderá ser utilizada em um processo, produzindo consequências específicas de ordem prática.

Para ser ainda mais exato, é mister registrar que a abordagem da matéria probatória não pode se dar estritamente pela ótica jurídica, possuindo *contornos multidisciplinares*,<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Nesse sentido, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 342, e JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA. *As provas no cível*, op. cit., p. 5.

<sup>18</sup> Assim entende CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, chegando mesmo a asseverar que compete “ao direito civil determinar os requisitos para a validade da emissão volitiva, bem como pronunciar-se a respeito do valor de certo meio de prova do negócio jurídico” (“Da prova dos negócios jurídicos”, op. cit., p. 444).

<sup>19</sup> Com idêntico pensar, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 25.

envolvendo aspectos de ordem filosófica, psicológica, sociológica, antropológica, histórica etc., tornando evidente a necessidade de uma análise mais abrangente. A título ilustrativo, é possível lembrar que incumbe à História fixar os contornos e técnicas da reconstrução de fatos e que é de índole metajurídica – beirando as margens da Filosofia – a conceituação da verdade.

Exige-se, pois, daquele que vai estudar o direito probatório uma postura menos refratária, com olhares voltados para uma matéria aberta, multifacetada e sensível à realidade da vida. Uma matéria caracterizada, sem dúvida, pela multirreferencialidade.

## 6 O OBJETO DA PROVA

O objeto da prova diz respeito àquilo que precisa ser provado. Fácil perceber, então, que se comprovam *fatos ocorridos* (*rectius*, alegações sobre fatos ocorridos) e não direitos (regras jurídicas), como se infere da leitura do art. 332 do Código de Processo Civil.

Todavia, nem todos os fatos precisam – e podem – ser provados. Somente fatos qualificados serão objeto de prova: os *relevantes*, *pertinentes*, *controversos* e *precisos*.

Fatos *relevantes* são os acontecimentos da vida que influenciam diretamente o julgamento da lide, como a demonstração do tráfego na contramão para caracterizar a culpa em acidente de trânsito.<sup>20</sup> Os fatos *pertinentes*, por sua vez, são os que se relacionam direta ou indiretamente com a causa, como a descoberta da existência, ou não, de placas de sinalização no local do sinistro, bem como a eventual posição dos carros, em uma ação indenizatória por acidente de veículo. A *contrario sensu*, seria impertinente, na citada demanda, descobrir se o réu é casado ou solteiro. Já os fatos *controversos* (ou *controvertidos*) dizem respeito ao que foi impugnado pela parte adversa, sendo possível, exemplificativamente, que o réu da multicitada ação indenizatória impugne a culpa que lhe foi imputada pela colisão dos veículos, controvertendo esse fato, mas não discuta os prejuízos sofridos pelo autor, tornando este um fato incontroverso. Finalmente, os fatos *precisos* são os que especificam circunstâncias importantes para o deslinde da causa, já que alegações genéricas ou vagas (imprecisas) não admitem a incidência da prova. Assim, no acidente de trânsito ilustrado, não basta a alegação de que a vítima estava dirigindo o seu automóvel, é mister indicar que encontrava-se na via correta, respeitando a sinalização e o limite de velocidade etc.

Por outro turno, não incidirá a prova sobre os fatos *notórios*, os *incontroversos* e os *presumidos*, bem como sobre as *negativas absolutas* e sobre o *direito*.

Os fatos *notórios* são aqueles cuja existência é certa, conhecida dos cidadãos de cultura média (*homo medio*), constituindo um patrimônio comum de cultura,<sup>21</sup> como, por exemplo, demonstrar quem é o chefe do Poder Executivo do país ou de determinado estado. É bem verdade que a *notoriedade* de um fato sofrerá a indiscutível influência das circunstâncias de tempo e lugar, evidenciando sua relatividade.

<sup>20</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 32.

<sup>21</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 290.

Já os *atos incontrovertidos* inadmitem a produção de prova em razão de sobre eles não ter sido estabelecido o debate entre as partes interessadas.

Também não serão, de regra, objeto de prova os fatos *presumidos*, que nada mais são do que raciocínios (deduções) emanados do legislador ou do próprio juiz, em hipóteses previstas em lei. Vale observar, no particular dos fatos incontrovertidos e presumidos, que essa regra tem de ser compreendida *cum grano salis*, mitigando-lhe as consequências, uma vez que o juiz poderá determinar, de ofício, a produção de provas e, independente disso, não está vinculado à presunção de veracidade decorrente da falta de impugnação dos fatos. É o caso da revelia (CPC, art. 319). Embora da contumácia do réu, não impugnando fatos afirmados pelo autor, decorra uma presunção de veracidade das alegações, *exclusivamente nas causas que cuidem de interesses patrimoniais*,<sup>22,23</sup> o juiz não está vinculado à revelia, podendo julgar a favor do revel. É o exemplo de ter o autor pleiteado uma indenização por danos materiais sofridos em seu automóvel, já com anos de uso, no valor correspondente a cinco automóveis novos. Ainda que revel o réu, o juiz não poderá dar guarida por completo ao pleito formulado pelo autor.

A jurisprudência é rica em exemplos acolhendo esse entendimento: “É sabido que a falta de contestação e, ou, contestação aposta fora do prazo legal, conduz a que se tenham como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, mas *data venia*, o efeito da revelia não induz que deva, sempre, ter-se como procedente o pedido e nem coloca de lado o necessário exame, que deve fazer o julgador, quanto às circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente tidos como provados” (2ª TACív. SP, Ac. Unân., 8ª Câmara, Ap. Cív. 468.096-00/0, Rel. Juiz Renzo Leonardi, JTACív. SP 163: 385).<sup>24</sup>

Já as *negativas absolutas* são aquelas cuja demonstração é impossível em face de sua indefinição:<sup>25</sup> é impossível provar que nunca estive no Rio de Janeiro, embora seja possível provar que lá não estive ontem.

Finalmente, não é objeto de prova o *direito*, pois a norma jurídica, presumidamente, é do conhecimento do julgador.<sup>26</sup> Não se trata de regra absoluta, comportando exceções, emanadas basicamente do art. 337 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a parte,

<sup>22</sup> A referida presunção não é aplicável nas ações que versem sobre direitos indisponíveis, como, por exemplo, as ações de família – inteligência do art. 320, II, CPC. Assim, “a revelia, em matéria de direito de família, por si, não autoriza concluir pela verificação de seus efeitos, de tal arte que não se dispense o autor de fazer prova dos fatos descritos na inicial”, como verberou a Corte mineira (TJ/MG, Ac. Unân. 3ª Câmara Cív., Ap. Cív. 20.574/0, Rel. Des. Murilo Pereira, j. 12.5.1994, *Jurisprudência Mineira* 131: 211).

<sup>23</sup> Veja-se, nesse passo, o equívoco da lição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO quando, esquecendo tratar-se de ação de estado e, por conseguinte, cuidando de direito indisponível, afirma que em separação judicial, quando a mulher alega estar o marido em concubinato e o réu não se defende desse fato, dispensa-se “a produção de provas a respeito”. Cf. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 290.

<sup>24</sup> No mesmo sentido: “O juiz não está obrigado a considerar provados, por mera ficção, fatos não contestados” (TJ/BA, Ac. Unân. 1ª Câmara Cív., Ap. Cív. 1.228/89, Rel. Des. Cícero Brito, j. 2.5.1990, *Bahia Forense* 34: 100).

<sup>25</sup> Com acerto, já se decidiu a respeito do tema, que “o fato indeterminado ou indefinido é insuscetível de prova, não constituindo o procedimento probatório, por outro lado, instrumento investigatório do que a própria parte desconhece” (2ª T., Ap. Cív. SP, Ac. Unân., 3ª Câmara, Ap. Cív. 298.415/8-00, Rel. Juiz João Saletti, *Adcoas*, 1991, nº 134.154).

<sup>26</sup> Os princípios *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi jus* evidenciam essa assertiva, cristalizando que basta a narrativa dos fatos, porque o juiz conhece o direito para solucionar o conflito de interesses.



que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. Trata-se de norma de aplicação relativa, afinal, se o juiz conhecer a norma em tais hipóteses, a parte não precisará, por evidente, fazer prova dela. Ademais, averbe-se que a presunção do conhecimento da lei pelo juiz abrange, além da legislação federal, as leis do estado e da comarca em que exerce a judicatura,<sup>27</sup> flexibilizando, ainda mais, a extensão da norma do citado dispositivo processual. Exemplificando: o juiz de direito de Ilhéus não poderá determinar à parte que comprove o teor e vigência de uma lei daquela cidade ou mesmo do estado da Bahia, por força da presunção de que ele tem de conhecer a norma jurídica. Assim, a parte não pode ser obrigada a comprovar, além da legislação federal, as leis do estado e da comarca em que se discute a causa, dada a presunção de conhecimento pelo juiz e a regra de que não pode deixar de julgar alegando desconhecimento da lei.

Passando em revista: não se deve admitir a produção de prova sobre fatos impertinentes, inconcludentes, imprecisos, notórios ou presumidos absolutamente, afastando a chamada *prova inútil*.

Questão interessante diz respeito à possibilidade, ou não, de produção de prova sobre os fatos *imorais*. Ao contrário do que se poderia imaginar, é possível – e até mesmo necessário – fazer prova de fatos imorais para demonstrar a sua existência, viabilizando o reconhecimento das consequências jurídicas, como na demonstração da má-fé ou da coação, por exemplo.<sup>28</sup> Apenas lembre-se que não poderá a parte que o praticou beneficiar-se da própria torpeza.

## 7 O ÔNUS DA PROVA

### 7.1 Generalidades e a Teoria da Carga Probatória Dinâmica

Embora reconhecida a necessidade da prova para o convencimento do julgador acerca da demonstração da verdade (*rectius*, verossimilhança) sobre algum fato, sobreleva destacar que inexistente um dever jurídico de provar e tampouco uma faculdade do interessado de provar o que alega. Na verdade, o que há é um ônus de provar o que se alega, de modo que o interessado assume o risco de, eventualmente, perder a causa se não demonstrar os fatos em que sustenta a sua pretensão. A distinção reside no fato de que ônus é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, ao revés da obrigação, que é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio.

Nesse passo, o ônus da prova surge como uma *necessidade* daquele que alega algo de demonstrá-lo concretamente para poder dele se valer.

<sup>27</sup> Lúcidas as ponderações de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA no sentido de que “o juiz é obrigado a conhecer o direito vigente no local onde exerce suas funções”, concluindo que “a possibilidade do magistrado determinar a prova sobre o teor e vigência do direito estadual ou municipal alegado pela parte alcança apenas localidades diversas daquela onde exerce as suas funções” (*Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 397).

<sup>28</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 35.

Portanto, a parte a quem a lei atribui o ônus de provar tem um interesse próprio em dele se desincumbir. Interessa ao autor de uma ação de revisão de contrato, por exemplo, demonstrar o desbalanceamento das prestações, por conta da onerosidade excessiva (art. 478, CC) superveniente a avença, com o propósito de sair vencedor. Porém, ainda que não consiga amplamente demonstrar os fatos articulados, poderá sair-se vencedor, eis que a decisão judicial terá de considerar todos os fatos envolvidos, independentemente de quem os alegou e demonstrou, sendo a sentença prolatada de acordo com o convencimento geral do julgador.

O Código de Processo Civil, em seu comando 333, prevê a regra de distribuição do ônus da prova ante a necessidade de decidir o conflito de interesses, mesmo diante de dúvida invencível (vedação ao *non liquet*). Distribui-se o ônus da prova em conformidade com as alegações formuladas pelas partes. É a chamada *distribuição estática do ônus de prova*, decorrente de expressa disposição legal. Giza o dispositivo legal *in litteris*:

Art. 333, Código de Processo Civil:

“O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Ademais, vale destacar que, apesar da redação do parágrafo único do art. 333 do Código Instrumental, é de se negar a possibilidade de inversão convencional do ônus da prova, considerada a índole pública do processo e que a atividade probatória é própria do juiz na formação das bases para a sua decisão, não sendo razoável permitir às partes que invertam, convencionalmente, a regra de julgamento. Não se esqueça, também, que a igualdade assegurada constitucionalmente (arts. 3º e 5º) é a igualdade substancial, levando à percepção de que não existem partes exatamente iguais em nenhuma relação jurídica, o que faz inferir que a autorização de inversão convencional do ônus de prova conduziria a uma franca desigualdade em detrimento do mais fraco.

De qualquer sorte, convém pontuar, com esteio no direito constitucional à prestação jurisdicional célere e eficaz, que a nossa melhor doutrina e jurisprudência simpatizam com a aplicação da chamada *teoria da carga probatória dinâmica*. De acordo com a tese, em cada caso concreto, pode o juiz determinar à parte que detém a prova o dever de produzi-la, mesmo que o ônus probatório não seja seu. Não se trata de inversão do ônus da prova, mas de uma atribuição do peso probatório a quem tem melhor condição de fazê-lo, garantindo tratamento igualitário. A alteração do ônus da prova é, na hipótese, *ope judicis*, por ato judicial, de ofício ou a requerimento, e não *ope legis*. Assim, cumpre “ao juiz determinar o encargo probatório, variar a carga da prova consoante se mostre a atividade probatória, mais fácil, mais acessível, mormente por se encontrar, aquele a quem se onera, no controle dos meios probatórios”, como explica JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS.<sup>29</sup> Pois bem, a teoria é perfeitamente aplicável nos processos em que se mostre necessária, podendo ser bem lembrada a hipótese do menor que ajuíza uma ação de alimentos contra o pai que exerce profissão liberal ou é empresário. No caso, a não distribuição diferenciada da carga de provar os fatos poderá prejudicar, consideravelmente,

<sup>29</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A prova dinâmica no Direito de Família”, op. cit., p. 25.

o interesse menorista. Também nas ações em que se discute a partilha de bens há especial interesse pela teoria, permitindo que um cônjuge ou companheiro não seja prejudicado pela dificuldade de provar a aquisição de bens pelo outro.

## 7.2 O ônus da prova como regra de julgamento

A importância prática da regra sobre a distribuição do ônus de prova é vislumbrada quando da decisão do conflito.

É que não estando convencido da procedência das alegações perpetradas pelas partes, para não se eximir do dever de julgar, deverá o magistrado utilizar na sua decisão a regra do ônus de prova (CPC, art. 333) como *regra de julgamento, de decisão*.<sup>30</sup> Não se trata, pois, de regra de procedimento, pois as partes são livres para produzir toda e qualquer prova e o juiz pode (ou melhor, deve) determinar a produção delas com o intuito de fundar o seu convencimento.

Desse modo, considerada regra de julgamento, a distribuição do ônus da prova não penaliza quem não se desincumbiu da prova, apenas indicando uma presunção desfavorável a si quando da decisão. É a transformação da compreensão subjetiva do *onus probandi* (a quem compete provar) em uma percepção objetiva (apenas se utiliza a regra de ônus da prova quando da decisão da causa).

Percebe-se, então, que a tendência atual é de somente conferir importância ao ônus da prova quando ausente ou insuficiente a prova produzida. É que se o juiz dispuser de provas suficientes para o seu convencimento, pouco interessa quem a produziu, uma vez que a prova é do juízo e não das partes. Somente quando o magistrado não consegue formar, pelo manancial probatório colhido, o seu juízo de valor sobre os fatos postos à sua apreciação é que incide, como regra de julgamento, a distribuição do ônus da prova. Esse é o entendimento cimentado na jurisprudência, como se pode notar: “A regra do ônus da prova não é senão regra do juízo, ou de decisão, destinada a pôr o órgão jurisdicional em condições de decidir o mérito da causa, acolhendo ou rejeitando o pedido, quando, finda a instrução, permaneçam incertos os fatos processualmente relevantes, como tais considerados os que constituem pressupostos da aplicação da norma jurídica ao caso concreto”.<sup>31</sup>

Tem-se, pois, um nítido *caráter supletivo* na regra de distribuição do ônus da prova.

## 7.3 O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

Impende observar que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, permite ao magistrado inverter o ônus da prova, em favor do consumidor, quando for verossímil a sua alegação ou quando ele for hipossuficiente.

<sup>30</sup> Esclarece a questão ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, observando que mesmo não estando “adequadamente provados (os fatos da causa), terá o juiz de proferir uma decisão, o que fará com base nas regras de distribuição do *onus probandi*” (*Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 347-348).

<sup>31</sup> TJ/SP, Ac. Unân., 2ª Câ. Cív., Ap. Cív. 190.715-1/0, Rel. Des. Cézar Peluso, *Adcoas*, de 30.1.1994, nº 142.652.

Trata-se de importante regra, autorizando o juiz a determinar, inclusive *ex officio*, tal inversão, com fundamento na facilitação da defesa do consumidor em juízo. Importa registrar, por sinal, que a possibilidade de inversão do ônus de prova nas causas consumeristas funciona como verdadeiro mecanismo de afirmação dos direitos do consumidor, cuja especial tutela foi concedida pela *Lex Legum*, em seus arts. 5º, XXXII, e 170, V, revelando a matiz constitucional da inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente.

Vislumbrada essa gênese constitucional na inversão do ônus de prova em favor do consumidor, impõe-se, sempre, a interpretação mais favorável ao consumidor, de modo a conferir maior efetividade ao comando da Lei Maior. Assim, é inconstitucional qualquer norma ou tratado internacional – ou mesmo qualquer decisão judicial ou situação jurídica – que negue indevidamente (ou permita a negação) a inversão do ônus da prova, caracterizando óbice à defesa do consumidor, estando fulminada de morte.<sup>32</sup>

Não é por outro motivo que o art. 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor reputa abusiva e nula de pleno direito a cláusula que pretenda, em contrato de consumo, inverter o ônus da prova em detrimento do consumidor, por dificultar a defesa do consumidor.

Registre-se que a pedra de toque da inversão do ônus da prova não é, apenas, a condição econômica do consumidor, mas a sua natural dificuldade (cultural ou material) de produzir a prova. É o que se tem no firme exemplo das contas com a cobrança de serviços encaminhada pelas companhias telefônicas, registrando ligações para locais que nunca foram chamados (e, não raro, sequer visitados e, outras vezes, cuja existência sequer era conhecida) pelo titular da linha. Sem a possibilidade de inversão do ônus de prova, o consumidor não teria como provar que jamais telefonou para aquela localidade. Em casos assim, se a prova é de difícil demonstração para o consumidor, impõe-se ao juiz, inclusive de ofício, independente de pedido da parte, inverter o ônus de prova em seu favor, permitindo a defesa de seus direitos.

Os nossos Tribunais patrocinam a tese esposada, como ilustrativamente se demonstra:

“Prestação de serviços – Disque 900 – Consumidor que não tem condições de demonstrar que não utilizou os serviços – Necessidade de inversão do ônus da prova para que a companhia telefônica comprove a efetiva realização das ligações – Inteligência do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90. Se o consumidor não tem condições suficientes de demonstrar que não utilizou os serviços prestados por ‘disque 900’, deve-se inverter o ônus da prova, cabendo à companhia telefônica comprovar a efetiva realização das ligações” (1º TACív.SP, Ac. 11ª Câmara Ordinária, Ap. Cív. 772.447/6, Rel. Juiz Maia da Cunha, j. 25.5.1998, RT 758: 245).<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Seja consentido remeter a um escrito em que se defende o fundamento constitucional da tutela do consumidor, evidenciando a impossibilidade de qualquer norma – nacional ou internacional acolhida pelo ordenamento pátrio – violar a facilitação da defesa do consumidor. Cf.: FARIAS, Cristiano Chaves de. “A proteção do consumidor na era da globalização”, *Revista de Direito do Consumidor*, op. cit., p. 91 ss.

<sup>33</sup> Em caso análogo, foi decidido que “se o consumidor alega não ter ocorrido o consumo irregular, ao fornecedor incumbe o ônus de prová-lo, quer pela regra de inversão do ônus da prova, quer por se tratar de prova negativa” (TJ/RJ, Ac. 17ª Câmara Cív., Ap. Cív. 2001.001.04614, Rel. Desª Maria Inês Gaspar, j. 12.7.2001).

Vale observar, demais disso, que o momento oportuno para a inversão do ônus de prova, em demanda consumerista, também é a *prolação da sentença*.

Com efeito, sendo a regra de distribuição do ônus de prova uma *regra de julgamento*, não seria possível a sua inversão antes dessa fase processual. Somente quando o juiz se notar perplexo, sem o convencimento firmado a partir da prova produzida (isto é, apenas quando os elementos probatórios forem insuficientes para formar um juízo valorativo seguro no magistrado), é que deverá lançar mão da inversão do ônus de prova com o propósito de julgar a causa. Assim é que, mesmo em relação de consumo, o momento de inverter o ônus de prova é o do *julgamento da causa*, em face de seu eminente caráter técnico, “como regra de juízo, por aplicação do princípio constitucional da isonomia, na medida em que o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo, tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que se alcance a igualdade real entre os partícipes da relação”.<sup>34</sup>

Aliás, importa frisar que a inversão do ônus da prova não reclama anterior comunicação do juiz ao fornecedor, dada a índole pública da norma protetiva do consumidor. E não se alegue, sequer, eventual violação do princípio da não surpresa ou cerceamento de defesa, uma vez que, além de conhecer a norma legal (LICC, art. 3º), é facultada às partes a produção ampla de provas na fase instrutória do procedimento, somente surgindo a inversão quando o juiz não conseguir formar juízo de valor com as provas produzidas.<sup>35</sup> Exemplificando: na ação proposta contra a companhia telefônica, reclamando a cobrança de ligações não realizadas, a ré, conhecendo de antemão a regra que possibilita a inversão do ônus de prova em favor do consumidor, deve providenciar, no momento processual adequado, demonstrar que o consumidor efetivamente fez a ligação cobrada, não podendo alegar cerceamento de defesa ou surpresa processual se, não tendo produzido a prova, o juiz, ao sentenciar, inverter o ônus da prova em favor do hipossuficiente.

Aliás, se o réu dispõe de elementos probatórios suficientes para o esclarecimento dos fatos e não os apresenta, viola frontalmente o princípio da cooperação, oriundo do direito lusitano, afirmando que todos que participam da relação processual devem colaborar com o juiz para a solução da lide.

Ressalte-se que a inversão do ônus de prova pode se dar tanto no órgão monocrático de justiça, quanto em segundo grau de jurisdição (nos Tribunais ou órgão recursais dos Juizados Especiais Cíveis), inclusive de ofício.<sup>36</sup>

É preciso não confundir a inversão do ônus da prova com a regra de redistribuição do ônus da prova contemplada no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor,

<sup>34</sup> TJ/SP, Ac. Unân., 10ª Câm. de Direito Privado, Agr. Instr. 150.230-4, Rel. Des. Quaglia Barbosa, *RJT/SP* 232: 214. No mesmo sentido, TJ/SP, Ac. Unân., 3ª Câmara de Direito Privado, Agr. Instr. 64.343-4, Rel. Des. Ney Almada, *RJT/SP* 210: 213.

<sup>35</sup> Concordando com esse posicionamento, CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA. “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, op. cit., p. 227.

<sup>36</sup> Assim, ANDRÉ GUSTAVO C. DE ANDRADE. “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões”, op. cit., p. 108-109.

expressamente atribuindo o ônus de provar a veracidade e correção das informações e comunicações publicitárias a quem as patrocinar. Não há, nesse caso, espaço para deliberação judicial: o ônus da prova é do fornecedor obrigatoriamente. Ao revés, nas demais hipóteses, o magistrado *poderá*, diante da hipótese específica, presente um dos requisitos exigidos, inverter o ônus de prova para favorecer a defesa do consumidor. Trata-se, pois, de institutos diversos, não se confundindo. Como explicita CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA, a hipótese do art. 38 do Código Consumerista “não se trata de inversão do ônus da prova propriamente dito, o que ocorre é uma redistribuição do ônus *probandi* pelo legislador consumerista tendo em vista as especificidades das relações de consumo”.<sup>37</sup>

Todavia, em doutrina e jurisprudência<sup>38</sup> o entendimento é diverso. Distinguem-se as hipóteses dos arts. 6º, VIII, e 38 através de outro critério. Proclama-se a existência de uma inversão do ônus da prova *ope judicis* (permitida pelo art. 6º, VIII, CDC) e outra inversão *ope legis*, determinada no art. 38 do mesmo *Codex*. Afirma-se que, enquanto aquela (a inversão *ope judicis*) é “obra do juiz”, tendo o fito de facilitar a defesa dos direitos do consumidor em juízo, dependendo do caso concreto, demonstrados os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência, esta (a inversão *ope legis*) é imposta pelo direito no caso especificamente tratado, encerrando uma inversão determinada por lei, ao estabelecer que quem veicular informações ou comunicações publicitárias tem o ônus de provar a veracidade e correção das mesmas.

A inversão do ônus de prova, por derradeiro, pode ser determinada tanto em ações individuais, quanto em ações coletivas, tendentes à proteção do consumidor, inclusive propostas pelo Ministério Público, uma vez que a sua presença no polo ativo da relação jurídica processual não retira dos consumidores tutelados a hipossuficiência concretizada na realidade viva.<sup>39</sup>

## 8

### A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA

Questão de grande relevo prático e não tratada expressamente na legislação (nem material, nem tampouco processual) concerne à prova emprestada. Trocando em miúdos: seria admissível transportar uma determinada prova, produzida em um determinado processo, para outro, no qual também produziria efeitos?

<sup>37</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor”, op. cit., p. 216.

<sup>38</sup> Já se vislumbrou em nossos Pretórios verdadeira inversão *ope legis* na hipótese do art. 38 do CDC, como se pode notar: “Consumidor. Propaganda enganosa. Ônus da prova da veracidade e correção do informe publicitário que cabe a quem o patrocina. Fato que independe de declaração do juiz antes do início da fase instrutória. Inteligência do art. 38 do CDC” (TJ/SP, Ac. Unân., 9ª Câmara, Ap. Cív. 255.416-2/6, Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 6.4.1995, RT 716: 182).

<sup>39</sup> Precisais são as palavras de RENATO FRANCO DE ALMEIDA, em trabalho dedicado ao tema, esclarecendo que “a aparição do *Parquet* no polo ativo da relação processual nada mais significa do que um instrumento à disposição do consumidor na defesa dos interesses, coletivamente considerados, que deve ser conjugado, frise-se, com a presunção relativa de hipossuficiência dos consumidores, tendo em vista as regras ordinárias de experiência” (“O Ministério Público, o Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova”, op. cit., p. 293).



Pois bem, já se viu que o critério do livre convencimento motivado (CF, art. 93, e CPC, art. 131) confere uma *liberdade relativa* ao magistrado, pois autoriza a livre formação de um juízo valorativo sobre os fatos postos à sua apreciação, ao tempo em que lhe impõe retirar dos autos os fatos e circunstâncias que servem de fundamento para o seu veredito, indicando-os explicitamente.

A *prova emprestada* surge nesse panorama. Embora produzida em um processo, admite-se a sua apresentação e utilização em outra demanda, com a pretensão de que ali também produza efeitos concretos, servindo para o convencimento do julgador desse outro conflito de interesses. Conquanto não contemplada na lei civil ou processual, tanto a doutrina,<sup>40</sup> quanto a jurisprudência,<sup>41</sup> são uniformes em admitir a prova emprestada para demonstração de fatos, como um meio de prova documental, desde que atendidas determinadas condições: que *tenha sido produzida sob o pálio do contraditório* e que tenha sido produzida em contenda da qual tenham participado os mesmos litigantes.

Exemplificativamente: se foi produzida uma prova pericial em ação possessória, proposta pelo possuidor em desfavor do esbulhador, é possível que, posteriormente, a referida perícia seja utilizada como prova emprestada (documental) na ação de indenização movida por aquele para reparar seus eventuais prejuízos.

A possibilidade de admitir a prova emprestada é, exclusivamente, *entre os mesmos litigantes* do processo onde ela foi produzida, não podendo, por conseguinte, produzir efeitos em relação a terceiros.<sup>42</sup> Por isso, reputa-se “ineficaz a prova emprestada colhida contra estranho à ação antecedente”, como reconheceu a nossa melhor jurisprudência.<sup>43</sup> Nessa linha de raciocínio, fácil será notar o total descabimento da utilização no processo civil de prova produzida no âmbito de inquérito policial ou mesmo em ação penal pública, em que a vítima não tenha atuado como assistente do órgão acusador, uma vez que, de regra, no processo penal as partes não são as mesmas do processo civil.

Óbvio, ademais, que devem ser idênticos os fatos probandos e provados para que seja viável a prova emprestada.

Passando a matéria em revista, bem desfechou a jurisprudência: “É admissível a produção de prova emprestada, desde que preenchidos os requisitos de processo judicial, identidade de partes, contraditório, objeto de prova idêntico”.<sup>44</sup>

Por derradeiro, é curial asseverar que, conquanto admissível (como meio de prova documental, uma vez que deve ser demonstrada através de cópias do processo em que foi produzida originariamente), a prova emprestada não vincula o juiz, ingressando no novo processo com o mesmo *status* de qualquer outro meio probante.

<sup>40</sup> Admitindo expressamente a prova emprestada, MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 302, e FREITAS CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 407.

<sup>41</sup> Colhe-se de nossa jurisprudência: “Desde que regularmente produzida em contraditório de que participou a parte contra a qual se pretende usá-la, é admissível a prova trasladada de outro processo, se o fato é o mesmo” (TA/RS, *Julgado do* TA/RS 26:255).

<sup>42</sup> LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, op. cit., p. 64.

<sup>43</sup> TJ/SC, Ac. Unân., 1ª Gr. de Câmaras, AR 782, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 14.12.1994, *Jurisprudência Catarinense* 74: 480, e TRF – 1ª Região, Ac. Unân. 1ª T., RO 90.01.5655-5/DF, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, DJU 3.9.1994.

<sup>44</sup> TJ/SP, Ac. Unân., 6ª Câm. Cív., Ap. Cív. 247.627-1, Rel. Des. Munhoz Soares, j. 28.3.1996, *RJTJSP* 186: 150.

## 9

## O JUIZ E A ATIVIDADE PROBATÓRIA (OS PODERES DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVAS)

Historicamente se conferiu, equivocadamente, papel de pouca relevância ao juiz na atividade probatória, buscando, com isso, manter uma certa equidistância do processo (posição de neutralidade), escudando a atividade do magistrado no princípio dispositivo (art. 2º, CPC). Dizia-se que a atividade judiciária em relação à prova deveria ser meramente *supletiva* ou *complementar*. O equívoco desse entendimento, todavia, salta aos olhos.

É que ao juiz incumbe velar por um processo justo, havendo de decidir com base em prova sólida, firme e segura, apresentando-se como sujeito absolutamente interessado no processo. Interessado na constituição de uma decisão justa e consentânea com a realidade viva da vida. Assim, deve o magistrado moderno participar ativamente da instrução, inclusive largando-se na produção de provas para formar, com segurança, o seu convencimento e garantir que o seu julgamento seja obra de justiça. Não mais se pode tolerar juiz inerte, parado, aguardando as partes produzirem prova, espectador de uma batalha na qual a parte mais forte, muito provavelmente, sairá vencedora, em detrimento das garantias constitucionais de igualdade e dignidade.

O juiz deve ter, sim, interesse na constituição de uma decisão justa e real. Por isso, ao perceber-se diante de um processo com prova frágil, deverá largar-se na busca do esclarecimento dos fatos, com vistas a garantir a formação de seu próprio convencimento, respeitadas as garantias constitucionais do cidadão.

Exige-se, pois, do magistrado moderno uma postura participativa, integrado na relação processual e preocupado com a efetivação da norma jurídica de direito material. Não mais se tolera juiz-espectador da batalha,<sup>45</sup> devendo valer-se de todas as possibilidades para assegurar o resultado útil da demanda. São reconhecidos, dessa maneira, *amplos poderes instrutórios e decisórios* ao magistrado, limitados, obviamente, pelas garantias constitucionais de igualdade, contraditório e ampla defesa. Pode e deve determinar a produção de provas, sempre velando pelos direitos reconhecidos às partes pela Lei Máxima. Por isso, corretamente, percebeu-se que o juiz assumiu, hodiernamente, “posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”.<sup>46</sup>

Como assevera JOSÉ ROBERTO SANTOS BEDAQUE, “tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que a atividade por ele desenvolvida atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição”. Assim, salienta não haver “qualquer incompatibilidade

<sup>45</sup> Nesse sentido: “A ampliação dos poderes probatórios do juiz é tendência do processo civil moderno e está assegurada no art. 130 do CPC” (TRF – 3ª Região, Ac. Unân., 1ª T., Agr. Instr. 95.03.31772-0/SP, j. 26.3.1996, Rel. Juiz Sinval Antunes, *JSTJ/TRFs* 87: 483).

<sup>46</sup> STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 192.681/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 24.3.2003.

entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Muito ao contrário”.<sup>47</sup>

Com igual pensar, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, revendo posicionamentos anteriores, sustenta que ao determinar a produção de provas, o juiz não o está fazendo “para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio. Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. Não determinar a prova necessária à revelação da verdade não corresponde, por isso, a uma conduta imparcial e sim a um alheamento à missão jurisdicional de assegurar aos litigantes a mais efetiva e justa composição do litígio”.<sup>48</sup>

Em interessante passagem, que bem reflete essa situação, o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando um recurso interposto em ação de investigação de paternidade, entendeu que o juiz tem de participar ativamente do processo, não se resignando com a falta de verbas para financiar o deslocamento das partes para o local no qual se realizaria o exame pericial. Assim, asseverou que “bastou consultar as empresas de ônibus que atendem a região dos litigantes, para que o Tribunal obtivesse não só as passagens do réu como para o deslocamento gratuito também do autor (e sua mãe), igualmente destinatário da gratuidade judiciária. Empenho do Judiciário que se justifica para que o processo civil alcance efetividade social”.<sup>49</sup>

Enfim, embora com natureza distinta do interesse das partes, o juiz também é interessado na prova, para que a atividade a ser desenvolvida no mister de julgar atinja os objetivos colimados, motivo pelo qual há de se reconhecer a inexistência de qualquer incompatibilidade na ativa participação do magistrado na atividade probatória.

Vê-se que não mais é aceitável (jurídica ou moralmente) que o juiz decida com base em indícios superficiais, sabendo que sua sentença não produz a verdade necessária. Queda, pois, a chamada *verdade formal*, que não é (e nem poderia ser) verdade, afastada definitivamente da dogmática probatória.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de proclamar esse entendimento, confirmando a superação da falsa ideia da verdade formal no processo civil:

“Presunção legal de paternidade. Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de interesses de menores. Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização de justiça. O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância de sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar orientação pretoriana”.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> BEDAQUE, José Roberto Santos. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, op. cit., p. 170.

<sup>48</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A função do juiz no comando do processo”, op. cit., p. 11.

<sup>49</sup> TJ/SP, Agr. Instr. 294.251-4/0, Ac. 3ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 24.6.2003, *RBD Fam* 19: 126.

<sup>50</sup> STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 4.987/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 4.6.1991, *DJU* 28.10.1991, p. 15259.

## 10

## A PROVA DO DIREITO ESTRANGEIRO QUANDO ADMITIDA A SUA APLICAÇÃO

Excepcionalmente admite-se a aplicação do direito estrangeiro entre nós, consoante regulamentação emprestada pelos arts. 7º a 17, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Aliás, vale repetir à exaustão que a aplicação da lei estrangeira pelo magistrado brasileiro não violenta a soberania nacional, sendo expressão natural de relações internacionais mantidas pelo nosso país, permitindo, ainda, que se faça melhor justiça.<sup>51</sup> Exemplo típico de aplicação da lei estrangeira pode ser trazido a lume com um contrato internacional que tenha eventual conflito dirimido pela justiça brasileira, porém regulado pela lei do país em que se constituiu a obrigação (LINDB, art. 9º).

Pois bem, quando admitida (excepcionalmente) a aplicação da lei alienígena em território nacional,<sup>52</sup> impõe-se, naturalmente, a sua comprovação para que, em seguida, seja interpretada pelo juiz e efetivada no caso concreto.

A matéria está disciplinada nos arts. 14 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 337 do Código de Processo Civil, bem como no Código de Bustamante, na Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro, de 1979, e no Protocolo de Las Leñas, do Mercosul, que foi recepcionado internamente pelo Decreto nº 2.067/96.

Compreendendo as regras da Lei Introdutória (art. 14)<sup>53</sup> e do Código de Processo Civil (art. 337),<sup>54</sup> parece ter sido intenção do legislador conferir ao juiz a prerrogativa de exigir da parte interessada que comprove o teor e a vigência do direito estrangeiro. No entanto, não é essa a solução que deve prevalecer. O juiz não pode deixar de julgar o caso concreto alegando a falta ou desconhecimento da norma aplicável (vedação ao *non liquet*), motivo pelo qual terá de solucionar o conflito, fazendo incidir a norma aplicável, inclusive a estrangeira, se for o caso. Por isso, a prova do direito estrangeiro deve ser providenciada pela parte interessada ou diretamente pelo juiz, de ofício, como já asseverou a nossa Corte Superior (STJ, Ac. 4ª T, REsp. 254.544/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Com esse espírito, é de clareza solar a regra do art. 409 do Código de Bustamante prescrevendo que “os juízes e autoridades dos Estados-partes ficarão *obrigados* a aplicar o direito estrangeiro, tal como fariam os juízes do Estado cujo direito será aplicável”, esclarecendo a importante atuação do juiz na aplicação do direito alienígena e

<sup>51</sup> Nesse sentido, há de se fazer menção à lição da eminente Professora NADIA DE ARAÚJO, invocando JACOB DOLLINGER, em primorosa obra dedicada ao tema. Cf.: *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 229.

<sup>52</sup> Lembre-se, entretanto, que a lei estrangeira relativa ao direito processual nunca será aplicada em território brasileiro, mesmo nos casos de aplicação do direito material alienígena, por conta do princípio de que a norma processual aplicável é sempre a *lex fori*. Também assim, FREITAS CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 345.

<sup>53</sup> Art. 14, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”.

<sup>54</sup> Art. 337, Código de Processo Civil: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

mitigando a neutralidade dos arts. 14 da Lei Introdutória às Normas do Direito Brasileiro e 337 do Código de Processo Civil.

A matéria também não passou ao largo do Protocolo de Las Leñas, firmado entre os países componentes do Mercosul, que cuidou da matéria em seus arts. 28 a 30, criando mecanismos alternativos e mais expeditos, céleres, para a prova do direito estrangeiro, incumbindo às autoridades centrais promover a cooperação técnica entre os poderes judiciários dos países integrantes do acordo, fornecendo informações sobre o sentido do alcance legal de seu próprio direito, exatamente com o intuito de facilitar a aplicação do direito estrangeiro, quando admitida. Ressalte-se, contudo, que os meios alternativos criados pelo referido acordo não são obrigatórios, não vinculando os magistrados que precisem provar a legislação alienígena.

Além disso, o Protocolo de Las Leñas estabelece a gratuidade na prática de atos entre os Estados-membros, vedada a cobrança de toda e qualquer despesa, salvo nos casos em que a produção da prova solicitada ocasionar custo especial ou que sejam designados peritos para realizá-la. Assim, de regra, os atos praticados tendendo à prova do direito estrangeiro não geram despesas para as partes.

Outrossim, completando o regramento da matéria, merece referência o Código de Bustamante (arts. 399, 400, 403, 408 a 410), que admite diferentes formas e meios de prova do direito estrangeiro, como, por exemplo, através de certidão de dois advogados militantes no local da lei estrangeira ou por meio de diplomacia entre os países interessados.<sup>55</sup>

Uma vez comprovada a legislação alienígena, incumbe ao magistrado promover sua interpretação e valoração. Explica NADIA DE ARAÚJO que “a interpretação há de ter em conta o sistema jurídico estrangeiro como um todo, e não apenas a disposição literal, devendo-se conservar o valor e o sentido do sistema ao qual pertence”.<sup>56</sup> Trilhando por esse caminho, inclusive, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a aplicação da lei portuguesa com base na opinião de doutrinadores lusitanos, buscando dar a interpretação que teria sido emprestada à norma legal em Portugal pelos cientistas do Direito.<sup>57</sup>

## 11 A QUESTÃO DA PROVA ILÍCITA À LUZ DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

As *provas ilícitas* caracterizam-se por ofender a norma de direito material (Constituição Federal ou a norma infraconstitucional de cunho substancial), não se confundindo com as *provas ilegítimas*, que são aquelas obtidas com desrespeito às normas de direito

<sup>55</sup> Interessante anotar que ALEXANDRE FREITAS CÂMARA admite, até mesmo, a utilização de subsídios doutrinários, com a juntada de cópias de obras estrangeiras, retratando o direito positivo de um país, além de pareceres de juristas especializados na matéria controvertida. Cf. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 398.

<sup>56</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 234.

<sup>57</sup> STF, Ac. 2ª T., RE 93.131/MG, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 101: 1149.

processual. Ambas pertencem, portanto, a um gênero comum: as *provas ilegais*, que podem ser as *ilícitas* (infringência à norma de direito material) ou as *ilegítimas* (violação da norma processual).

Avulta a importância da prova ilícita na (pós) modernidade, diante da possibilidade do emprego de tecnologias eletrônicas e cibernéticas capazes da obtenção de dados e informações, em prejuízo aos direitos da personalidade.<sup>58</sup>

Dentre as várias teorias que se formaram quanto à admissibilidade da prova ilegal, o nosso ordenamento jurídico perfilhou-se ao sistema que a rejeita genericamente, como se depreende da simples e perfunctória leitura do inciso LVI do art. 5º da nossa *Lex Fundamentallis*, segundo a qual *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*.

Sem dúvida, a solução alvitada pelo legislador constituinte imprime um indubitado caráter ético ao uso da prova, coadunando-se com a afirmação da primazia da proteção da pessoa humana em seus aspectos essenciais, tuteladas as garantias fundamentais contra a busca desvairada e obsessiva da verdade sobre certos fatos – o que, se admitido, beneficiaria a parte economicamente mais forte. Não por outro motivo, disparou o Pretório Excelso que “a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação e convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda quem em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direito e garantias fundamentais da pessoa humana” (STF, Ação Penal 307-3/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão).

A ordem jurídica não pode ser um campo de batalha no qual se permite a cada gladiador o emprego de todos os meios possíveis e imagináveis para conduzir ao triunfo sobre o “inimigo”. Há de se compreender, indubitavelmente, as provas com um caráter ético, garantindo a proteção da dignidade humana.

Ilustrando com um curioso caso prático, é possível lembrar que o Supremo Tribunal Federal inadmitiu como meio de prova, dada a violação da privacidade, as fotografias subtraídas, sem autorização, do cofre de um dentista acusado de prática de pornografia envolvendo criança e adolescente, sob o entendimento de que o material fotográfico, “embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público contra o acusado”, impondo-se, assim, “repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo”.<sup>59</sup>

Assim, inadmite-se, em concreto, a prova ilícita, afora as eventuais sanções penais e administrativas cabíveis.

<sup>58</sup> LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, nesse diapasão, chegando a apresentar como exemplos concretos de prova ilícita aquela obtida por meio de interceptação clandestina de conversas por terceiros, a utilização de um diário íntimo ou a prova obtida mediante tortura. Cf. *Manual do Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 305.

<sup>59</sup> STF, RE 251.445/GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.6.2000, DJU 3.8.2000.



Apesar disso, permite a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcionalíssimo, a utilização de prova ilícita em sede penal, com o intuito de salvaguardar valores mais elevados, como a liberdade do acusado, reputando se tratar de bem jurídico de maior relevo do que a privacidade – que se encontra tutelada pela vedação da prova ilícita. Funda-se o Pretório Máximo no princípio da proporcionalidade (ponderação dos interesses), proclamando que, se a liberdade tem maior vulto que a intimidade ou privacidade, merece a proteção na hipótese de colisão entre os dois valores.

Em análise mais acurada, todavia, percebe-se que não chega a se reconhecer propriamente uma ponderação de interesses, já que a colheita de prova pelo réu, para salvaguardar os seus interesses, exclui a ilicitude da conduta. Isto é, a prova não é ilícita uma vez colhida em circunstâncias que retirar a antijuridicidade.<sup>60</sup>

Ao revés, em sede cível, a jurisprudência tem sido rigorosa em negar a possibilidade de aplicação da prova ilícita. Veja-se: “Sendo invioláveis a intimidade e a vida privada, bem como o sigilo das comunicações, não se admite a prova obtida pela violação telefônica, em conversa de terceiros, ainda que se cuide de um dos cônjuges”.<sup>61</sup> De modo ainda mais incisivo, o Superior Tribunal de Justiça já anotou, olvidando a ponderação dos valores em disputa em causa que exigia extrema sensibilidade, que: “I – A impetrante/recorrente tinha marido, duas filhas menores e um amante médico. Quando o esposo viajava, para facilitar seu relacionamento espúrio, ela ministrava ‘Lexotan’ às meninas. O marido, já suspeito, gravou conversa telefônica entre sua mulher e o amante. A esposa foi penalmente denunciada (tóxico). Ajuizou, então, ação de mandado de segurança, instando no desentranhamento da decodificação da fita magnética. II – Embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF (HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26.2.1996), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arrepio de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X)”.<sup>62</sup>

Não é, entretanto, o entendimento que merece prosperar.

Impossível olvidar que, se de um lado estão tuteladas em sede constitucional a privacidade e a intimidade, também mereceram proteção da *Lex Fundamentallis*, além do direito de provar o que se alega em juízo visando ao convencimento do magistrado, outros tantos valores que podem, em situações reais, concretas, ganhar dimensão e contornos mais elevados do que o direito de não ter contra si prova ilícita produzida, como, exemplificativamente, o direito à vida, à perfilhação, entre outros. Nesse ambiente, avulta a importância da técnica de ponderação de interesses, compreendendo que os princípios constitucionais estão organizados em um verdadeiro sistema, impondo, por conseguinte, a conclusão de que, no eventual conflito entre eles, é fatal o sacrifício de

<sup>60</sup> Assim, DANIEL SARMENTO. *A ponderação dos interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 180, e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Ac. Unân., 1ª T., HC 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 16.8.1997).

<sup>61</sup> TJ/RJ, Ac. 4ª Câm. Cív., Agr. Instr. 1.802/93, Rel. Des. Semy Glanz, *Adcoas*, 10.12.1994, nº 145.65.

<sup>62</sup> STJ, Ac. 6ª T., RMS 5.352/GO, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 25.11.1996, RSTJ 9: 359 ss.

um em respeito ao outro (cuja relevância seja sentida no caso particular), buscando garantir a efetividade da norma que estiver em melhor sintonia com a afirmação da dignidade humana (valor máximo da ordem jurídica brasileira).

Com efeito, partindo da técnica de ponderação de interesses, é fácil concluir que a vedação constitucional ao uso da prova ilícita não pode ser compreendida de forma absoluta, nem em sede penal, nem, igualmente, em sede civil. É que, tal qual no processo penal, em foro civil é perfeitamente possível que o bem jurídico tutelado suplante – e muito – o bem jurídico privacidade. Assim, em casos excepcionais – como nas hipóteses de destituição de poder familiar,<sup>63</sup> de investigação de paternidade ou de ações coletivas –, há de ser admitida a prova ilícita, pois o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, justificando a sua utilização.

Em outras palavras, é a ponderação dos interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial, desbravando o caminho a ser percorrido (à luz dos princípios constitucionais, especialmente a dignidade humana, que serve como mola de propulsão de todo o sistema), prestigiando-se o valor jurídico mais relevante. Assim, excepcionalmente, poderá a prova ilícita ser admitida em juízo cível, a partir da aplicação da técnica de balanceamento, se o bem jurídico a ser protegido superar a privacidade, justificando o sacrifício desta.

Enfim, é preciso que se estabeleça, em concreto, uma prevalência axiológica, sopesando os interesses em disputa, para que a dignidade do homem e os valores constitucionais sejam respeitados e sobressaiam, dando cores mais nítidas à norma constitucional.<sup>64</sup>

Em perfeita sintonia com tais ideias, ponderando os interesses no caso concreto, já se teve oportunidade, em sede jurisprudencial, de asseverar: “No Direito de Família é irrelevante o meio como a prova foi produzida. O essencial é o seu conteúdo. Havendo a prática de eventual ilícito na obtenção da prova, deve o juiz aproveitar o seu conteúdo, se relevante, visto que o Direito de Família persegue a verdade real e enviar ao juízo criminal eventual indício de ilícito penal [...] É, isto sim, conciliar o desenvolvimento tecnológico, tão almejado por todos, com um valor permanente ao homem, ou seja, a moral, a dignidade, a virtude humana”.<sup>65</sup>

*A regra, pois, deve ser a inadmissibilidade da prova ilícita, em face das garantias constitucionais. Excepcionalmente, quando necessária a preservação de bem jurídico de maior realce, em respeito à dignidade humana (valor maior da ordem jurídica pátria), é possível permitir a utilização da prova ilícita, a partir do balanceamento dos interesses concretamente colidentes.*<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Exemplo construído por DANIEL SARMENTO, admitindo que uma ação de destituição do poder familiar tenha o pedido julgado procedente com esteio em prova ilícita evidenciando o abuso sexual dos genitores em relação a menor impúbere, uma vez que o direito à dignidade e ao respeito da criança tem peso superior ao direito de privacidade dos genitores. Cf. *A ponderação dos interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 182.

<sup>64</sup> Registre-se que parcela da doutrina (como, e. g., MARINONI e ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*, op. cit., p. 306) exige, para a admissibilidade da prova ilícita, além da ponderação dos interesses contrapostos, a demonstração da impossibilidade de demonstrar os fatos em juízo de outra maneira. Ou seja, a demonstração de sua absoluta necessidade para a realização do direito.

<sup>65</sup> TJ/SP, Ac. Unân., 5ª Câmara, Agr. Instr. 223.044-1, Rel. Des. Barbosa Pereira, j. 22.9.1994, JTJSP 167: 221.

<sup>66</sup> Chegando a uma conclusão semelhante, ALEXANDRE DE MORAES. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 125.

Observe-se, *in fine*, que, baseado na teoria dos *frutos da árvore envenenada* (*the fruit of poisonous tree*),<sup>67</sup> o Supremo Tribunal Federal, apesar das divergências, consolidou posição no sentido de serem inadmissíveis também as provas derivadas de uma prova ilícita (chamadas doutrinariamente de prova ilícita por derivação). Ou seja, as provas obtidas ilicitamente, em caráter principal, invalidam as dela decorrentes. É o caso da confissão extorquida mediante a prática de tortura, terminando o réu por indicar o local onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido.<sup>68</sup>

Proclamando essa tese, o nosso Pretório Excelso firmou que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes: “A ilicitude da prova se transmite, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apoiem ou nela encontrem fundamento causal” (STF, HC 69.912-0/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 25.3.1994). A partir desse entendimento, a prova ilícita é a que viola a norma jurídica quer em relação ao meio, quer quanto ao modo de obtenção da prova em juízo.

## 12

### LICITUDE DA GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES

Partindo da referida proteção constitucional à privacidade, releva esclarecer que a gravação de conversa por um dos interlocutores não é reputada clandestina e, via de consequência, não caracteriza prova ilícita.

Com efeito, a conversa normal e regular entre pessoas que se aceitam como emissor e receptor, em abono à livre expressão de pensamento, pode ser gravada por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro (e normalmente é assim, até porque, sabendo estar sendo gravada a conversa, não se formularão determinadas declarações), pois o que repele à legalidade constitucional é a interferência de terceiro no diálogo alheio.

Assim, é plenamente possível a gravação de conversa por um dos interlocutores, servindo como idôneo mecanismo probatório, por não caracterizar interceptação telefônica.<sup>69</sup>

O entendimento pretoriano é robusto nesse sentido: “É possível como prova a gravação em fita magnética feita unilateralmente por um dos interlocutores ainda que com o desconhecimento do outro, pois somente ocorre a quebra do sigilo das comunicações quando a interceptação é feita por terceiro, sem a autorização de qualquer dos interlocutores, conforme disposto na Lei nº 9.296/96” (RT 750: 654).

E mais esse interessante acórdão, tolerando o uso da gravação procedida por um corretor com a parte com quem celebrou o contrato, visando a comprovação dos termos

<sup>67</sup> Trata-se de teoria originada da Suprema Corte norte-americana segundo a qual “o defeito da árvore se transmite aos seus frutos”, caracterizando a ilicitude por derivação.

<sup>68</sup> O didático exemplo é mencionado por RICARDO RABONEZE. *Provas obtidas por meios ilícitos*, op. cit., p. 35.

<sup>69</sup> Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Cf. Ac. Unân., 5ª T., RHC 7.216/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 25.5.1998.

da avença: “Prova. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores sem interferência de terceiro. Meio lícito e moralmente legítimo. Admissibilidade. Exegese do art. 5º, X, XII e LVI, da Constituição Federal, e dos arts. 332 e 383 do CPC. Autor de demanda de cobrança de corretagem que toma a iniciativa de gravar conversa telefônica a respeito de atos negociais do processo com a outra parte demandada, não é terceira pessoa estranha aos interlocutores. A reprodução do diálogo, por isso, pode ser utilizada como prova sem que haja quebra do sigilo das comunicações telefônicas ou da intimidade do segundo interlocutor”.<sup>70,71</sup>

Outrossim, admite-se como lícita a prova decorrente de gravação de conversa entre o interlocutor e terceiro, mesmo sem ciência do outro, “quando há investida criminosa deste último”, pois “é inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”, consoante anotou o Supremo Tribunal Federal.<sup>72</sup>

## 13

### A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A SUA EXCEPCIONAL ADMISSIBILIDADE EM SEDE CIVIL

A Lei nº 9.296/96 admite a interceptação telefônica<sup>73</sup> (também chamada de escuta telefônica) através de ordem judicial, por provocação do Ministério Público ou da autoridade policial, estabelecendo critérios e requisitos para a sua concessão.

Basicamente, é possível vislumbrar dois diferentes elementos exigidos para a admissão da interceptação telefônica: a imprescindibilidade da interceptação como único meio eficaz para a realização da prova e a gravidade da infração penal apurada, afastada a sua possibilidade quando a prova tiver como ser produzida por outro meio.

Ora, a partir de tais requisitos, é fácil concluir a inaplicabilidade da interceptação telefônica em sede cível, abrindo espaço para uma contundente crítica pelo esquecimento da aplicação da técnica de ponderação dos interesses em tensão.

Efetivamente, se é verdadeira a assertiva de que o direito à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X) e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) estão tutelados

<sup>70</sup> 2º TA Cív. SP, Ac. Unân., 5ª Câm., Agr. Instr. 744.062.00/7, Rel. Juiz Oscar Feltrin, j. 29.5.2002.

<sup>71</sup> Em outra oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça autorizou o uso, como meio de prova, de fita cassete gravada pela representante legal de um menor, em ação de investigação de paternidade, com testemunha do processo: “Gravação de conversa telefônica feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Requerimento de juntada da fita, após a audiência da testemunha, que foi deferido pelo juiz. Tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no art. 332 do CPC, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo. Ilegal é a interceptação, ou escuta de conversa telefônica alheia. Objetivo do processo em termos de apuração da verdade material (a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa)” (STJ, *JSTJ-TRFs/Lex* 97: 75).

<sup>72</sup> STF, Ac. 2ª T., HC 75.338-8/RJ, Rel. Min. Nélson Jobim, j. 11.3.1998, m. v., DJU 25.9.1998.

<sup>73</sup> A respeito da compreensão constitucionalizada da interceptação telefônica, no âmbito do processo penal, consulte-se a inexcedível obra de GERALDO PRADO. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, op. cit., especialmente p. 19 ss.

constitucionalmente, não menos certa é a afirmação de que outros direitos de igual estatura e dimensão merecerão proteção em idêntica sede (art. 5º), como as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade e, principalmente, a afirmação da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como valor máximo da ordem jurídica. Como não é possível haver incompatibilidade entre preceitos de índole constitucional, é necessário compatibilizar os princípios e valores, ponderando-os no caso concreto para descobrir qual merece proteção no caso específico, conforme visto alhures.

Exemplificativamente, é possível invocar a interceptação telefônica em juízo cível em casos de investigação de paternidade, destituição do poder familiar, interdição, dentre outras hipóteses, percebendo nelas que o valor salvaguardado é de maior peso do que a intimidade ou privacidade sacrificada.

Com GERALDO PRADO, “o dever de subordinação à Constituição implica dever de conformação da atividade administrativa – e jurisdicional – pelos preceitos e princípios constitucionais”, denotando a imperiosa necessidade de compreender a interceptação telefônica pelo viés constitucional.<sup>74</sup>

Nessa linha de intelecção, em sede hermenêutica, vale afirmar a possibilidade de interceptação telefônica também para fins civis, declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma regulamentadora, que não pode isolar o valor constitucional liberdade de outros valores igualmente relevantes, como o próprio direito à vida digna. Trilhando essas pegadas, já teve oportunidade o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de determinar a interceptação telefônica em ação de alimentos para salvaguardar os interesses indisponíveis presentes, louvando-se, explicitamente, da ponderação de interesses, aqui defendida: “Execução de alimentos. Interceptação telefônica do devedor de alimentos. Cabimento. Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arrastando-se a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefônica do devedor de alimentos. *Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios sobreposição o direito à vida dos alimentados.* A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação. Agravo provido” (TJ/RS, Ac. Unân., 7ª Câmb. Cív., Agr. Instr. 70018683508 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.3.2007).

É imprescindível advertir, de qualquer forma, que a utilização da interceptação telefônica em sede civil (aliás, como deve ocorrer, também, na esfera penal) deve ser submetida a um juízo de extrema cautela pelo juiz, baseado em elementos indiciários firmes que permitam relativizar a garantia fundamental da privacidade. Não se pode, enfim, utilizar a interceptação telefônica como instrumento investigatório comum ou ordinário, devendo lhe ser reconhecida uma feição completamente excepcional.

<sup>74</sup> PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, op. cit., especialmente p. 23.

## 14

## POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES RESGUARDADAS POR SIGILO LEGAL À RECEITA FEDERAL, AO BANCO CENTRAL DO BRASIL E ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

Não raro, torna-se necessário em demandas judiciais obter informações e documentos que estão acobertados pelo sigilo legal (bancário, fiscal...), especialmente pelo fato de o réu criar embaraços à atuação concreta e efetiva do Poder Judiciário. Exemplos eloquentes disso são as ações de alimentos, de separação e divórcio, de execução por quantia certa, dentre outras, em que o réu esconde os seus rendimentos, dificultando (e até mesmo impossibilitando) a concretização da norma legal.

Conquanto se reconheça que é de iniciativa e interesse da própria parte angariar elementos e informações para aparelhar a movimentação judiciária, é certo e incontroverso, igualmente, que ao Estado-Juiz compete, igualmente, criar o ambiente propício para a prestação jurisdicional célere, justa e *eficaz*, impondo-se-lhe participar ativamente do processo.

E essa atuação firme do Judiciário pode ser vista com mais nitidez quando cuidar de dados acobertados por sigilo legal, uma vez que a própria parte não poderá, direta e individualmente, obtê-los por vedação do próprio sistema jurídico.

Nesse desenho, reconhecendo que há verdadeiro *direito constitucional à produção de prova em esfera cível* (assim como na seara penal), é dever do Judiciário requisitar informações e documentos protegidos pelo sigilo legal sempre que necessários para o esclarecimento dos fatos. Enfim, na busca do restabelecimento dos direitos da parte, “haverão de ser-lhe assegurados os meios necessários à sua satisfação”, justificando-se, especialmente, a intervenção judicial para obter informações que a parte “não puder obter diretamente”, como é o caso de diligências junto à Receita Federal, Banco Central do Brasil e Entidades bancárias em geral, consoante assentado pelas nossas Casas Judiciais.<sup>75</sup>

Em importante passagem, já se afirmou, não sem razão, que o juiz tem a “obrigação de requisitar às repartições públicas todo e qualquer documento, em certidão, necessário à prova das alegações das partes, até por impulso oficial como destinatário da prova”.<sup>76</sup>

Por óbvio, quando desimportantes para o deslinde da causa, tais informações sigilosas não devem ser apresentadas, não apenas para atender ao mandamento legal, mas, sobretudo, para não violar o direito à intimidade e privacidade dos terceiros interessados (que constituem o pano de fundo do próprio sigilo legal de informações), tutelados em sede constitucional (art. 5º, V, X e XII).

<sup>75</sup> 1ª TA Cív. SP, Ac. Unân., 7ª Câmara, Agr. Instr. 689.484-8, Rel. Juiz Ariovaldo Santini Teodoro, j. 14.5.1996, JTACívSP 159: 63.

<sup>76</sup> TJ/PR, Ac. Unân., 3ª Câmara Cív., Agr. Instr. 26.342-3, Rel. Des. Nunes do Nascimento, j. 10.5.1994, Adcoas, de 10.3.1995, nº 146.576.



Trata-se de verdadeira ponderação de interesses, não sendo possível conferir primazia absoluta e irrefutável aos valores jurídicos intimidade e privacidade, o que se apresentaria incompatível com a própria norma constitucional.<sup>77</sup>

Perceba-se, com a nossa jurisprudência, que “o sigilo bancário existe para resguardar os legítimos direitos dos correntistas, mas não se presta para ensejar a fraude à cobrança dos legítimos débitos, que a executada e seus sócios objetivam frustrar. Assim, em face do interesse público existente, é cabível a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil, solicitando informações sobre as contas dos integrantes da sociedade”.<sup>78</sup>

Acresça-se, por oportuno, que havendo requisição de informações pelo Judiciário, o servidor requisitado deverá prestá-las no prazo assinado, sob pena de responsabilidade civil, criminal e administrativa pela recusa ou retardamento das mesmas, como já afirmou o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP, Ac. Unân., 6ª Câ. Cív., Agr. Instr. 242.070-1, Rel. Des. Ernâni de Paiva, j. 16.2.1995, JTJSP 169: 212).

## 15 A REVELIA E A PROVA

Uma vez não respondendo o réu à ação contra si proposta, decorrem alguns efeitos em razão dessa contumácia. A dicção do art. 319 do Código de Processo Civil é clara ao estabelecer que *se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor*.

Em exame superficial, poder-se-ia imaginar a desnecessidade de produção de prova quando caracterizada uma revelia, em razão da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor (*ficta confessio*) prevista na lei processual. O pensamento não merece prosperar.

É que, embora a revelia exonere o autor da ação de provar os fatos alegados, porque a atividade probatória tem como objeto fatos controversos, o que inexistirá, “o juiz pode considerar não provados os fatos incontestados pelo autor”, como já percebeu a jurisprudência (RT 493: 162 e Lex-JTA 140: 344), ou mesmo julgar o acionante carecedor de ação. Enfim, se as provas não forem suficientes para a procedência do pleito, restará indeferida a pretensão.

Ressalte-se, ademais, que mesmo havendo revelia, poderá o magistrado determinar a produção de provas, por exemplo, intimando o autor para juntar aos autos cópia do contrato, quando se reclame indenização por descumprimento de cláusula contratual.

Em síntese apertada, porém completa: a revelia não induz, necessariamente, à procedência do pedido formulado pelo autor, devendo o magistrado decidir livremente, de acordo com a prova presente nos autos.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Mais uma vez, a referência é a DANIEL SARMENTO. *A ponderação dos interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 193.

<sup>78</sup> TJ/SP, Ac. Unân., 1ª Câ. Cív., Agr. Instr. 11.572-5, Rel. Des. Nigro Conceição, j. 14.5.1996, JTJSP 186: 207.

<sup>79</sup> A jurisprudência é pacífica sobre o ponto: “Na ação de consignação em pagamento, quando decretada a revelia, não será compulsória a procedência do pedido se os elementos probatórios constantes nos autos

De fato, não seria crível, nem admissível, que uma ação de indenização por danos materiais em que se pleiteia a reparação dos danos causados por conta de acidente de veículos seja procedente somente por conta da revelia, sem qualquer elemento indiciário demonstrativo da extensão do prejuízo.

Bem expondo a questão, GISELE SANTOS FERNANDES GÓES sublinha que “o magistrado não deve subsumir-se à confissão ficta pelo não comparecimento do depoente”. Impõe-se, ao revés, um compromisso efetivo com a procura da verdade possível de ser obtida em cada processo, “buscando o norte máximo do direito à prova”.<sup>80</sup>

Ademais, versando a lide sobre direito indisponível (ações de estado, *e. g.*), serão inaplicáveis os efeitos decorrentes da decretação de revelia, muito embora exista e tenha de ser declarada. Assim, apesar de reconhecida a revelia – porque não contestada a ação –, não decorrerão os seus efeitos – inteligência do art. 320, II, do Código Instrumental. Nesse caso, o que se tem, na prática, é que, embora decretada a revelia, deverá o processo seguir na dilação probatória, sendo produzidas as provas necessárias, tais como depoimentos das partes, inquirição de testemunhas, perícias etc. Já reconheceu a jurisprudência: “Não fere direito líquido e certo do autor a decisão judicial que, não obstante a revelia, determina se proceda a instrução, uma vez reunidos pressupostos legais que se inserem entre os direitos indisponíveis”.<sup>81</sup>

Em suma-síntese: a revelia não vincula o magistrado, lhe sendo lícito julgar contra o autor ou mesmo determinar, *motu proprio*, que sejam produzidas provas, visando formar o seu convencimento.

## 16 A CONFISSÃO

### 16.1 Generalidades

Ao revés da legislação civil de 1916, que era silente acerca da matéria, o Estatuto de 2002 houve por bem regular expressamente a confissão, produzindo importantes consequências no Código de Processo Civil, que, antes, regulamentava a matéria com exclusividade. Aliás, por força da amplitude e alcance da regra esculpida no art. 213 da Lei Civil, está revogado o art. 351 do Código Instrumental, cujo objeto encontra-se abarcado pela lei posterior, inclusive mais específica.

Confissão é o ato praticado, em juízo ou fora dele, pelo titular de um direito, admitindo a veracidade de um fato ou situação contrária ao seu interesse<sup>82</sup> e, em tese e

conduzirem à conclusão diversa ou não forem suficientes para formar o convencimento do juiz” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 769.468/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2005, DJU 6.3.2006, p. 386).

<sup>80</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. “A confissão ficta como presunção relativa”, *op. cit.*, p. 933.

<sup>81</sup> STJ, Ac. 4ª T., RMS 684/CE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 25.2.1991.

<sup>82</sup> A esse respeito, seja consentido remeter a JULIEN BONNECASE asseverando que se entende por confissão, em sentido jurídico, o reconhecimento por uma pessoa de um fato ou situação que se lhe imputa. Cf. *Tratado elemental de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 947.

potencialmente, favorável a outrem (CPC, art. 348).<sup>83</sup> Pode se obter a confissão em juízo (através do depoimento pessoal da parte) ou fora dele, por meio de declaração da parte, por exemplo.

Sublinhe-se: a confissão tem sempre como objeto *atos* que interessam ao mundo jurídico,<sup>84</sup> e não direitos especificamente.

Obviamente, somente se admite a confissão quando disser respeito a direitos disponíveis. Nessa linha de raciocínio, não produz efeitos a confissão nociva, por exemplo, aos interesses do consumidor, em razão da indisponibilidade do interesse em discussão.

É possível, assim, enunciar como requisitos da confissão: a disponibilidade do direito, a declaração de vontade do confitente, a inexigibilidade de forma especial para a prova do fato que se confessa e, finalmente, a capacidade civil (genérica e especial)<sup>85</sup> de quem confessa.

A confissão, de qualquer sorte, não é meio de prova exatamente pelo fato de que torna desnecessária a produção de prova, como percebe JOÃO BATISTA LOPES.<sup>86</sup>

Vale referir, também, à possibilidade de a confissão ser *expressa* (através de ato de vontade específico por instrumento público ou particular) ou *presumida*, também chamada de *ficta*, caracterizada pelo silêncio da parte, como no caso da revelia, tratado pelo art. 319 do Código de Processo Civil. Aliás, não é demais repetir que, também, a confissão tácita somente é admitida em relação a interesses disponíveis. Não por outra razão, a Súmula 256 do antigo Tribunal Federal de Recursos assentou que “a falta de impugnação dos embargos do devedor não produz, em relação à Fazenda Pública, os efeitos da revelia”, considerando a indisponibilidade dos interesses do Poder Público.

No ponto, inclusive, foi editado o Enunciado 157 na Jornada de Direito Civil, asseverando, expressamente, que “o termo *confissão* deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro”.

Pode, ainda, a confissão ser *espontânea* (decorrendo da vontade de quem confessa) ou *provocada* (quando é extraída das declarações da parte).

## 16.2 Natureza jurídica (a confissão como um ato jurídico em sentido estrito: sepultando a polêmica sobre o assunto)

Acertadamente, consagrou o Código Civil de 2002, em seu art. 213, a tese segundo a qual a posição topológica da confissão, dentro do quadro da ciência jurídica, é de verdadeiro *ato jurídico em sentido estrito*, como já era defendido pela melhor doutrina.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Também com esse raciocínio, CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 487.

<sup>84</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 594.

<sup>85</sup> Não basta a capacidade civil geral para os atos jurídicos, é indispensável que tenha o autor das declarações capacidade específica para esse fim, caracterizada pela titularidade do direito substantivo. Também assim, LOTUFO. *Código Civil Comentado*, p. 568.

<sup>86</sup> LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, op. cit., p. 99.

<sup>87</sup> A respeito do tema, consulte-se FRANCESCO CARNELUTTI. *A prova civil*, op. cit., p. 265.

Ou seja, é um acontecimento emanado da vontade humana – livre e desembaraçada – que tende a produzir os efeitos (desejados pelo confitente) previstos em lei.

Ao reconhecer a confissão como um ato jurídico *stricto sensu*, negando sua natureza negocial, confirma o Código Civil a irrevogabilidade do ato confessorio, admitida, entretanto, a possibilidade de sua anulação nas mesmas hipóteses do negócio jurídico, como, por exemplo, por vício de vontade – inteligência do art. 185 da lei civil. Aliás, os atos não negociais em geral são irrevogáveis dada a própria essência da vontade manifestada com vistas a aderir a efeitos jurídicos contemplados em lei, como ocorre com o reconhecimento de filhos, com a aceitação e renúncia da herança e com a remissão.

### 16.3 A anulabilidade da confissão

O art. 214 do Código Civil admite a invalidação (relativa) da confissão como consequência lógica de sua natureza não negocial. Corrigiu-se, assim, lastimável equívoco do legislador processual, materializado no art. 352 do Código de Processo Civil, que fazia referência à revogabilidade da confissão.

Efetivamente, o que pode ocorrer é a mácula da confissão por existir um vício de consentimento, de vontade, violando a liberdade da parte. Nessa hipótese, enseja-se a anulação do ato e não a sua revogação,<sup>88</sup> como percebeu o legislador.

O reconhecimento da anulabilidade da confissão é sempre judicial, por meio de ação rescisória – se já houve o trânsito em julgado da decisão prolatada no processo em que se deu a confissão – ou de ação anulatória – se não se deu ainda a formação da coisa julgada ou se a confissão foi extrajudicial.

Contudo, a anulação da confissão somente é possível com base no erro (de fato) e na coação, obstada a invalidação com base no dolo, repetindo o art. 214 do Código Civil a regra esculpida no art. 2.732 do Código Civil da Itália.<sup>89</sup>

É que o dolo se caracteriza pela indução de terceiro a erro (é o erro provocado por terceiro), ficando claro, então, que se houve dolo, mas este não foi suficiente para induzir a erro, não viciou a confissão. De outra banda, se da malícia perpetrada houve uma falsa percepção sobre os fatos, que gerou a confissão (ou seja, se do dolo houve um erro de percepção no confitente), o ato é anulável pelo próprio erro de fato, sendo desnecessária a possibilidade de anular com base no dolo.

Também vale destacar que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a anulação da confissão por erro de direito. A justificativa é simples: se o erro de direito somente é relevante para a anulação de algum ato jurídico quando, não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico (conforme o art. 139, III, do próprio *Codex*), fácil é perceber a sua inaplicabilidade à confissão, pois para ela são irrelevantes as causas que a motivaram, não sendo possível admitir, via de consequência, o erro de direito.

<sup>88</sup> Sobre o tema, vide BONNECASE. *Tratado elemental de Derecho Civil*, op. cit., p. 947.

<sup>89</sup> Por conta do conteúdo do art. 214 do Código Civil está revogado, também, o art. 352 do Código de Processo Civil, cujo conteúdo é incompatível com o novo regramento da matéria.

## 16.4 A confissão realizada por quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados

Somente o titular da relação jurídica de direito material pode confessar, em razão das consequências gravosas que podem deitar sobre a sua esfera jurídica de interesses.

Assim, não se permite a confissão quando o confitente for absolutamente incapaz. Havendo, eventualmente, confissão pelo absolutamente incapaz, não se projetam, pois, os efeitos comuns do ato, regulados, notadamente, na lei processual. Vale reforçar que não se trata de invalidação da confissão do incapaz. Trata-se, apenas, de inadmissibilidade do ato, não se lhe atribuindo quaisquer efeitos jurídicos.

Entrementes, não se pode negar – pelo próprio reconhecimento do princípio do livre convencimento motivado (CF, art. 93, e CPC, art. 131) – que tal ato pode ser valorado pelo julgador na formação de seu convencimento. Não se está tratando, frise-se exaustivamente, de confissão, mas apenas de valoração pelo magistrado em seu *decisum*.<sup>90</sup>

## 16.5 A possibilidade de confissão pelo representante da parte

Permite o Código Civil a confissão emanada do representante da parte (Parágrafo Único do art. 213 do Código Civil),<sup>91</sup> limitada, entretanto, à extensão dos poderes conferidos pelo mandato. Equivale a dizer: a confissão feita por representante pressupõe a concessão de poderes para tanto.

Delimitam-se, assim, as latitudes da confissão do representante, como já vinha entendendo a jurisprudência, como evidenciado na decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul: “para que a confissão feita por advogado tenha valor como prova, exige-se que esta tenha poderes especiais expressos, não bastando a simples cláusula outorgando-lhe poderes para confessar e transigir insertos em procuração *ad judicium*, usualmente utilizada para habilitar mandatário a postular em juízo”.<sup>92</sup>

Alude-se, nesse momento, ao representante convencional (da pessoa natural ou jurídica),<sup>93</sup> pressupondo-se a concessão de poderes para a confissão. Não abrange, por evidente, o representante legal, que não pode confessar pela colisão de interesses que decorreria.

Via de consequência, sobreleva concluir que a confissão promovida por representante sem poderes para tanto (indicados expressamente) é ineficaz como ato jurídico, podendo, entretanto, ser ratificada posteriormente pelo titular do direito, em consonância com a combinação dos arts. 172 e 185 do Código Civil.

<sup>90</sup> O Código Civil de Portugal, em seu art. 361, empresta idêntica solução, permitindo ao julgador livremente valorar o episódio (ato de confessar daquele que não tem capacidade para tanto) na busca de seu convencimento, embora não se trate do instituto jurídico da confissão.

<sup>91</sup> Art. 213, Código Civil: “Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados. Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado”.

<sup>92</sup> TJ/MS, Ac. 2ª Câ., Embs. Ap. Cív. 37.443-2/01, Rel. Des. Chaves Martins, j. 12.12.1994, *RJTJMS* 102: 63.

<sup>93</sup> Lembra RENAN LOTUFO que o representante da pessoa jurídica somente poderá confessar quando autorizada por lei, se pública, ou pelos estatutos, se privada. Cf. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 568.

Não é demais insistir que, apesar de ineficaz juridicamente (como ato de natureza confessória), a confissão praticada pelo representante da parte, extrapolando os poderes conferidos (valendo a lembrança de que, via de regra, os poderes ordinários conferidos ao advogado pela cláusula *ad judicium*, contida, genericamente, nas procurações outorgadas aos advogados, não autorizam a confissão pelo profissional inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil), poderá, perfeitamente, ser considerada pelo juiz na valoração das provas, em face do princípio do livre convencimento motivado.

## 16.6 Não vinculação do magistrado à confissão

O outrora considerada a “rainha das provas”,<sup>94</sup> é mister ressaltar que a confissão, seja judicial ou extrajudicial, seja espontânea ou provocada, tem valor probante relativo, submetendo-se ao livre convencimento do juiz, que a ela não se vincula, podendo retirar das demais provas dos autos o seu convencimento.

Assim, se, por um lado, a admissão da veracidade de um fato pode gerar a dispensa da produção de provas (exclusivamente quando disser respeito a direitos disponíveis, de conteúdo patrimonial), de outra banda, não vincula o magistrado, que continua livre para formar seu convencimento no conjunto probatório produzido, como já confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça: “a confissão é mero meio de prova a ser analisado pelo juiz diante do contexto probatório colacionado aos autos, não implicando presunção absoluta de veracidade dos fatos”.<sup>95</sup>

Por certo, o juiz deve “pautar-se na necessidade, utilidade e relevância da prova para o processo que constituem os argumentos da proporcionalidade”, não podendo assim subsumir-se, de forma absoluta, à confissão ficta pelo “não comparecimento do depoente”, conforme acentua GISELE SANTOS FERNANDES GOÉS.<sup>96</sup>

Do mesmo modo, no processo penal a confissão do acusado não vincula o magistrado, sendo, inclusive, insuficiente para embasar a decisão condenatória, que exige indubitado suporte probatório.

# 17

## PROVA DOCUMENTAL

### 17.1 Generalidades e uma nova concepção de prova documental, admitidos os documentos eletrônicos

Didaticamente, explica ALEXANDRE FREITAS CÂMARA que “documento é toda atestação escrita ou gravada de um fato”,<sup>97</sup> explicitando que a noção de prova documental em nossa

<sup>94</sup> Afirmava um antigo brocardo *confessus pro judicato habetur*, insinuando que a confissão vincularia a decisão do juiz.

<sup>95</sup> STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 54.809/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 10.6.1996.

<sup>96</sup> GOÉS, Gisele Santos Fernandes. “A confissão ficta como presunção relativa”, op. cit., p. 933.

<sup>97</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 416.



ordem jurídica é bastante ampla, abrigando, a um só tempo, não apenas os instrumentos escritos, mas igualmente fotografias, filmes, gravações sonoras e assemelhados.

O Código Civil de Portugal, em seu art. 363, segue a mesma orientação, admitindo como documento “qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”.

Alerta MARCO AURÉLIO S. VIANA para o fato de que não se confundem *documento* com *instrumento*, porque “este cria e faz prova do negócio jurídico”, enquanto o documento “apenas visa comprovar um fato jurídico”.<sup>98</sup>

Nessa linha de ideias, é possível que a prova documental se materialize em instrumentos públicos ou particulares.

Merece alusão, ainda, a necessidade de se “adotar um conceito mais amplo para documento”, de modo a abranger os documentos eletrônicos, como, por exemplo, aqueles oriundos da Internet. Até porque “não existe diferença ontológica entre a tradicional noção de documento e a nova noção de documento eletrônico”, tornando-se “necessário abandonar uma feição puramente estrutural desse instituto, baseada na materialidade, para adotar sua *noção funcional*”, consoante o alerta de MARCOS EHRHARDT JÚNIOR.<sup>99</sup>

O documento eletrônico não se resume a escritos, podendo se materializar através de outros meios, como um desenho, uma fotografia digitalizada, vídeos etc. Tudo, enfim, que tenha idoneidade para representar um acontecimento, estando armazenado em arquivo digital. Abrange-se, inclusive, o *e-mail*, como meio idôneo a provar determinados fatos.

Realmente, o conceito contemporâneo de documento não pode ficar adstrito à ideia de *escrito* porque a sua conformação concreta o transcende, admitida a sua formalização independentemente de um suporte físico. Assim, exige-se uma compreensão *funcional*, a partir de um conceito móvel, dinâmico, de expressão de manifestações de vontade.

Não se pode discriminar, por conseguinte, manifestações volitivas emanadas, por exemplo, de *e-mails* (correios eletrônicos), devendo o magistrado, em cada caso concreto, valorar a prova apresentada, à luz do livre convencimento motivado. Já há, inclusive, precedente da nossa jurisprudência superior admitindo a prova eletrônica, decorrente de *e-mail*, como se pode notar:

“O ato coator é consubstanciado na exclusão do recorrente do concurso público por não comprovação de requisito constante do edital, *sendo certo que essa exclusão está devidamente comprovada através de comunicação eletrônica (e-mail) recebida, pelo recorrente, em sua caixa de correio eletrônico*. Deveras, esse documento tem a propriedade de comprovar o ato coator e as consequências que dele derivam, o que torna despicienda a juntada do edital. Logo, ressoa inequívoco que o *writ of mandamus* está guarnecido de prova pré-constituída”

(STJ, Ac. Unân., 1ª T., RMS 29073/AC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.5.2010, DJe 28.6.2010).

<sup>98</sup> VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 399.

<sup>99</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LICC e Parte Geral*, op. cit., p. 517.

Perceba-se que a utilização do *e-mail* pode ser muito comum em determinadas demandas, em face de seu caráter corriqueiro e cotidiano. Assim, corretamente, a jurisprudência vem admitindo como prova o documento emanado de *e-mail*, dentre outros inúmeros casos, em ações reparatórias de danos, para comprovar o prejuízo,<sup>100</sup> e em reclamações trabalhistas, pleiteando horas extras<sup>101</sup> ou mesmo comprovando, ou não, um eventual dano moral sofrido.<sup>102</sup> Também vislumbramos um campo fecundo para o uso do *e-mail* nas ações de alimentos gravídicos, cuja procedência pode decorrer de indícios de relacionamento afetivo, cuja caracterização pode, perfeitamente, derivar de troca de mensagens eletrônicas entre os envolvidos.

Em arremate, vale sintetizar a questão asseverando que o documento oriundo de *e-mail* pode ser admitido como prova no processo, como qualquer outro. Somente quando houver impugnação da contraparte é que ficará submetida ao livre convencimento motivado do magistrado,<sup>103</sup> que, nessa hipótese, valorará o documento, atribuindo a sua eficácia, em conformidade com os demais elementos probantes presentes.

Vale o registro, ademais, que a Lei nº 11.419/06 autorizou a utilização de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos e na transmissão de peças processuais, buscando a desburocratização do processo.

Na mesma levada, o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil permite que o recurso extraordinário (dirigido ao Supremo Tribunal Federal) e o recurso

<sup>100</sup> “CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA DO CONSORCIADO. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Autora que perde contemplação em plano de consórcio de automóvel, por negligência do corretor. Legitimidade da administradora, face ao princípio da aparência. Verossimilhança das alegações, em face da prova documental (*e-mail*) e oral (testemunha). Aceitação de lance efetuado pelo corretor. Prova oral que o corrobora. Consumidora que, por confiar na contemplação, ao realizar lance de 40 parcelas, bem superior aos lances vencedores nas demais assembleias, vem a encomendar automóvel, cujo preço seria em parte pago com a carta. Situação que desborda da mera liberalidade da autora, em razão do princípio da confiança. Danos materiais e morais indenizáveis. Direito à rescisão do contrato” (1ª Turma Recursal Cível – TJ/RS, Recurso Cível 71002700763 – Comarca de Santa Rosa, Rel. Juiz Fábio Vieira Heerdt, j. 14.10.2010, DJRS 20.10.2010).

<sup>101</sup> “TRABALHO EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – HORAS EXTRAS. Não é alcançado pelo disposto no artigo 62, I, da CLT o empregado que, não obstante laborando externamente, tem a sua jornada fiscalizada por meio do cumprimento de programação diária, inclusive mediante a entrega de relatório via *e-mail* e GPRS. Desse modo, provado o labor extraordinário, o laborista faz jus às horas extras respectivas” (TRT – 3ª Região/MG, Ac. 8ª T., RO 36600-57.2009.5.03.0014, Rel. Des. Denise Alves Horta, DJ 1.2.2010).

<sup>102</sup> “DANO MORAL. COMPENSAÇÃO. Configura violação ao direito à intimidade, a ensejar compensação por dano moral, o procedimento adotado pelo empregador de restringir o uso do banheiro, exigindo que o empregado se submeta à autorização do coordenador para utilizá-lo fora do horário de intervalo, a qual só era concedida em casos extremos. O não atendimento dessas exigências gerava repreensão por *e-mail*, do qual tomavam ciência os empregados que tinham acesso à tela do computador em que o reclamante trabalhava” (TRT – 3ª Região/MG, Ac. 7ª T., RO 1591-2004-023-03-00-1, Rel. Des. Alice Monteiro de Barros, DJ 14.2.2006).

<sup>103</sup> Veja-se, a respeito, a correta posição do Tribunal Regional do Trabalho baiano: “PROCESSO DO TRABALHO. PROVA. FORMA IMPRESSA DE E-MAIL CORPORATIVO. NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO. Apesar de não possuir os requisitos de autenticidade de autoria, integridade de conteúdo e segurança, quando não assinada digitalmente, a reprodução impressa de correspondência eletrônica (*e-mail* corporativo), como meio de prova em Juízo, exige impugnação específica pela parte a quem prejudica, em face da presunção de veracidade que decorre do fato de ser meio de comunicação criado a partir de sistema de correio existente no âmbito da empresa” (TRT – 5ª Região/BA, Ac. 2ª T., RO 60-2007-003-05-00-9, Rel. Des. Cláudio Brandão, j. 31.10.2007, DJ 13.11.2007).

especial (para o Superior Tribunal de Justiça) estejam baseados em divergência jurisprudencial, comprovada por meio eletrônico, admitindo o uso dos novos meios tecnológicos para a interposição recursal.<sup>104</sup>

## 17.2 Documento público

Documento público é aquele lavrado por oficial estatal, com poderes para tanto, dando conta de determinado fato ou notícia extrajudicial e lançado em seus livros e notas, dotado de fé pública. Ou seja, certificam situações fáticas ocorridas, podendo dizer respeito desde simples confissões de dívidas e protestos de títulos (conteúdo patrimonial) até assentos de matrimônio ou óbito (conteúdo pessoal).<sup>105</sup>

Goza o documento público de presunção (relativa, é claro) de autenticidade, fazendo prova do que contém.

A escritura pública é lavrada pelo serventuário público, que, gozando de fé pública, a elabora independentemente da presença de testemunhas. Todavia, excepcionalmente, quando o interessado que comparecer à presença do oficial público não for seu conhecido (admitida a sua fé pública para atestar quem é a pessoa), nem portar documento de identificação (cédula de identidade, carteira de habilitação para o trânsito, passaporte etc.), exige-se a participação de duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade, resguardando a sua idoneidade e velando pela sua autenticidade.

Reconhece a Lei Civil força probante às certidões e aos traslados de peças processuais ou de livros a cargo do escrivão. Ora, tratando-se de documentos públicos, emanados por oficial que dispõe de fé pública, no cumprimento de suas funções, e atendidas as formalidades de lei (inclusive regularmente firmados e carimbados), gozam de verdadeira presunção de autenticidade, fazendo a mesma prova dos originais e demonstrando o fato documentado.

No mesmo sentido, o art. 161 da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos estabelece que as certidões e traslados de registros públicos providenciados pelo oficial de registro gozam de presunção de veracidade, afirmando *in litteris*: “As certidões do registro integral de títulos terão o mesmo valor probante dos originais, ressalvado o incidente de falsidade destes, oportunamente levantado em juízo”.

No que pertine à prova documental, vale salientar a possibilidade de reconhecer força probante à certidão ou ao traslado não conferido pelo escrivão ou mesmo conferido por serventuário sem poderes para tanto. É que se tem emprestado valor jurídico

<sup>104</sup> Art. 541, parágrafo único, Código de Processo Civil: “Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

<sup>105</sup> JULIEN BONNECASE ensina que documento público ou autêntico é aquele autorizado por um oficial público competente (com funções para tanto), dando fé da natureza dos atos que constam nele, bem como do lugar da sua redação, cumprindo solenidades imprescindíveis. Cf. *Tratado elemental de Derecho Civil*, op. cit., p. 943.

a determinados documentos viciados, com o escopo de preservar a estabilidade e segurança das relações jurídicas, evitando conflitos sociais desnecessários.

Com esse propósito, se a certidão ou traslado emana de autoridade que, aparentemente, tem poderes para tanto, firma-se verdadeiramente uma presunção de veracidade, em face do *princípio da confiança* – que é depositada por todos no Poder Público. Trata-se de verdadeira projeção da *teoria da aparência*, admitida a produção de efeitos para tais documentos (extensivo também aos atos administrativos em geral) por razões de utilidade pública e segurança social.

Registre-se, ademais, incidir a mencionada regra até mesmo em documentos não assinados pelas partes, mas apenas pelo serventuário sem poderes para tanto.

### 17.3 O documento particular

A lei brasileira (material e processual) não se ocupou em ofertar uma conceituação do documento particular, optando, apenas, por criar uma presunção relativa de autenticidade.

A definição, então, de documento particular é obtida por exclusão, sendo todo e qualquer documento não oriundo de oficial público,<sup>106</sup> no exercício de suas atividades, deixando antever que a gênese do documento particular prende-se – e não poderia ser diferente – à própria autonomia privada, como conseqüência da liberdade humana em produzir documentações.

Afigura-se indubitável, outrossim, que a noção de documento particular é de amplo espectro, abarcando infinitas formas e espécies, que não podem ser taxadas exaustivamente. Demais disso, não apenas os escritos, mas, igualmente, outras formas de materialização de acontecimentos, podem ser reputados documentos particulares, como gravações, fotografias, fitas de videocassete, DVDs etc. Daí ser lícita a conclusão de que documento particular é qualquer coisa representativa de um fato, escrita ou não, não emanada de oficial público ou por quem estiver fazendo as suas vezes.

Cuidando especificamente do documento particular escrito, o Código Civil, em seu art. 219, estabeleceu presunção relativa de veracidade do seu conteúdo. É que, em tese, aquele que subscreveu um documento, por presunção, encontra-se ciente de seu conteúdo, motivo pelo qual se extrai a ilação de que as declarações ali constantes são verdadeiras.

Trata-se de presunção tendente a emprestar segurança, garantia, aos negócios jurídicos em geral, sob pena do comprometimento das próprias relações sociais,<sup>107</sup> em razão da natural dinâmica da vida negocial.

Vê-se, assim, a importância conferida pelo legislador à assinatura de documentos, podendo afirmar, em imagem simbólica, que o ato de subscrição de um documento

<sup>106</sup> Mais uma vez com BONNECASE, é possível sustentar que documentos privados são aqueles escritos com intenção de fazer demonstração de atos jurídicos, sem a intervenção do oficial público, supondo-se autênticos. *Tratado elemental de Derecho Civil*, op. cit., p. 943.

<sup>107</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 577.

corresponde a assumir a sua paternidade, responsabilizando-se pelo seu conteúdo. É que a responsabilidade pelo conteúdo do documento (texto e declarações) é de quem o assina, consoante informa o art. 371 do Código de Processo Civil.

Por isso, houve oportunidade de se deliberar que “a presunção *juris tantum* de veracidade do conteúdo de instrumento particular é invocável tão somente em relação aos seus subscritores” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., REsp. 33.200-3/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 78: 269).

Não se olvide, ainda, a possibilidade de, em determinados casos, o documento particular, além de ser assinado pela parte, também ser elaborado por ela, do que é exemplo o testamento particular (CC, art. 1.876, § 1º). De qualquer forma, elaborado, ou não, pela parte, a responsabilidade pelo seu conteúdo é sempre do subscritor.

Essa assunção de responsabilidade quanto ao conteúdo, no entanto, não se consubstanciará nos chamados “contratos de adesão”.

Ora, na sociedade contemporânea – globalizada, plural, aberta e multifacetada – muitas relações jurídicas são travadas, até mesmo em nome da dinâmica social, por meio de contrato de adesão, que são previamente elaborados por uma das partes, vindo a outra, tão somente, a anuir ao seu conteúdo, não havendo espaço para discussão ou rejeição das cláusulas. Neles, a regra do art. 219 do *Codex* há de ser mitigada, compreendida com necessários temperamentos, sob pena de grave subversão da ordem jurídica.

Não é por outra razão que as legislações mais modernas – e nesse particular o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em seus arts. 51 e 54, §§ 3º e 4º –, atentas à situação fática de hipossuficiência e vulnerabilidade de certas pessoas, que têm necessidade de declarar a vontade em determinados negócios, determinam a compreensão relativizada da vontade, com nítida inspiração no próprio princípio constitucional da igualdade substancial.

Desse modo, é certo e incontroverso que, em contratos de adesão, a presunção de veracidade do conteúdo negocial cede, não vinculando o aderente naquilo que lhe for prejudicial. Cite-se como exemplo a cláusula de foro de eleição em detrimento do aderente, que não lhe vincula, apesar de regularmente lido e assinado o contrato.

A flexibilização pode ser aplicada, também, em hipóteses nas quais o subscritor demonstre ter assinado o instrumento negocial sem o ter lido por completo ou sem entender o que estava lendo, hábito comum em certas situações, como em negócios jurídicos celebrados entre pessoas menos favorecidas ou instruídas. Trata-se de aplicação do princípio da isonomia, tratando desigualmente os desiguais.

Merece referência, outrossim, a questão do documento assinado, total ou parcialmente, em branco para posterior preenchimento do conteúdo, com inserção de cláusulas ou disposições que extravasam o pacto celebrado. A hipótese, naturalmente, cinge-se ao documento escrito, sendo impossível às demais representações documentais.

A matéria está referida no art. 388 do Código de Processo Civil, estabelecendo o legislador a cessação da presunção de veracidade do documento particular nessa hipótese de abuso do documento assinado em branco.

Cuida-se, sem dúvida, da aplicação da regra do art. 187 do Código Civil, caracterizando verdadeiro abuso de direito por parte de quem preencheu o documento firmado em branco. Assim, ao exercer um direito de modo anormal, impõe-se o dever de indenizar. Além disso, o documento perderá a sua fé, quedando a presunção de veracidade do seu conteúdo.

Sendo a capacidade jurídica da parte requisito de validade dos negócios jurídicos, como reza o art. 104 do Código Civil, é natural que os documentos particulares emanem, regra geral, de pessoas capazes.

Todavia, não raro, o ordenamento civil exige, além da capacidade jurídica geral das partes, o atendimento a uma condição específica para a prática de negócios jurídicos específicos. É o que se convencionou chamar de *legitimação* ou *capacidade específica*.

No ordenamento civil são encontradas diversas hipóteses de legitimação para a prática de atos civis, como: (i) a exigência de anuência do cônjuge para a alienação ou oneração de bens imóveis, independentemente do valor, salvo se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional de bens (CC, art. 1.647); (ii) a concordância dos filhos para a celebração de doação pelo ascendente a um único de seus descendentes; (iii) o consentimento do cônjuge para que o seu consorte venha a prestar fiança ou aval.

Registre-se, por oportuno, serem inaplicáveis os dispositivos legais que exigem outorga do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis, independentemente do valor, bem como para prestar aval ou fiança, nas relações convivenciais (união estável). É que a união estável constitui *união de fato*, sem exigências formais, não sendo possível exigir consentimento dos companheiros para tais atos, sob pena de impor prejuízo considerável a terceiros.

Se, eventualmente, um dos companheiros aliena ou onera bens integrantes do patrimônio comum (evidentemente, que estejam registrados em seu nome), sem a anuência do outro, o negócio é válido e eficaz, cabendo ao companheiro prejudicado buscar o ressarcimento do seu prejuízo. Ressalva-se, por evidente, a hipótese do bem-estar registrado em nome de ambos, em que o negócio deverá ser praticado por ambos, não se confundindo com a outorga.

## 17.4 O telegrama e sua força probatória

É natural que o telegrama possa servir como mecanismo probatório, classificado como *prova documental*.

O art. 222 do Estatuto Civil encerra norma de grande utilidade pelo fato de que o telegrama, por si só, traz consigo uma *presunção de veracidade*, uma vez que sua conferência com os originais somente se faz necessária se houver impugnação de sua autenticidade pelo interessado. Assim, basta a simples apresentação do telegrama para que se venha a presumir sua autenticidade, cabendo ao interessado impugná-lo, por meio de contestação ou de ação de falsidade (CPC, arts. 390 a 395).

Interessante registrar que a presunção legal (relativa, logicamente) de autenticidade do telegrama restringe-se à forma e ao que dele consta, não podendo atingir aos fatos que estão nele consignados.



Veja-se, ademais, que a impugnação do telegrama pode envolver quem solicitou a expedição e quem o expediu (a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) ou quem o solicitou e quem o recebeu, como bem percebe RENAN LOTUFO.<sup>108</sup> Importante ressaltar que na primeira hipótese existe uma relação de consumo, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, submetida a um sistema contratual e de responsabilidade civil autônomo, distinto do Código Civil.

É necessário observar que o citado art. 222 do Código Civil se apresenta defasado, por olvidar que a forma moderna de transmissão de telegrama é por meio de serviço telefônico, sendo escassa a sua expedição através de ordem pessoal assinada pelo interessado na agência dos Correios e Telégrafos.

Ademais, há necessidade de interpretação ampliativa desse artigo para nele contemplar, também, analogicamente, o fax. Por óbvio, aqui também a presunção de autenticidade diz respeito, apenas, à sua emissão e forma, não atingindo o seu conteúdo. Assim, apresentado um documento em fax, presume-se a sua veracidade, cabendo ao interessado impugnar sua autenticidade.

A jurisprudência, inclusive, já admitiu a aplicação das regras sobre o telegrama também ao fax e ao telex.<sup>109</sup> Veja-se, nessa linha de ideias, não haver motivo para que não se estenda a referida regra também ao correio eletrônico.

### 17.5 Prova através de cópia fotográfica de documento e necessidade de autenticação oficial

É de se ressaltar que o ordenamento jurídico (CPC, art. 365, III) exige, como regra, a autenticação das reproduções de documentos, por oficial público, ou a apresentação dos originais em cartório para que possam ter eficácia. A medida visa, nitidamente, resguardar a autenticidade dos documentos públicos, tais como certidões de casamento, nascimento e óbito, escrituras públicas etc.

Não há de se imaginar, entretanto, que a autenticação deve se dar exclusivamente através de tabelião ou oficial. Com efeito, a autenticação promovida por órgãos públicos em geral (exemplificativamente, através de autarquias, fundações, órgãos do Ministério Público...), conferindo as cópias com os originais, são plenamente válidas, contando com presunção de autenticidade, cabendo ao interessado, se for o caso, impugnar a sua exatidão. Esse é o entendimento de nossas Cortes, inclusive: “Reprografia de documento particular, autenticada por servidor público municipal, que tem o original sob sua guarda, merece fé, até que se demonstre o contrário”.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 580.

<sup>109</sup> TRT/3ª Região, Agr. 2.022/96, Ac. Unân., 2ª T., Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, *Adcoas*, de 20.12.1996, nº 8.152.283

<sup>110</sup> STJ, Ac. 1ª T., REsp. 89.741/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 21.10.1996, *Adcoas*, de 30.1.1997, nº 8.152.744. Mais. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça patrocinou a tese, no julgamento publicado em *RSTJ* 109: 15. Nesse diapasão, outrossim, vale lembrar que a Medida Provisória nº 2.095-70, de 27.12.2000, em seu art. 24, dispensa as pessoas jurídicas de direito público de autenticar cópias reprográficas de qualquer documento apresentado em juízo.

Se a cópia fotográfica ou reprográfica é de documento particular, independente da conferência em cartório ou autenticação oficial, conta com a presunção de autenticidade, trazida pela regra do Código Civil, podendo o juiz determinar – *ex officio* ou a pedido da parte ou do Ministério Público – a apresentação dos originais (CPC, art. 385) para conferência em cartório. Assim, somente havendo impugnação do interessado (ou mesmo do juiz ou do Ministério Público, uma vez que a autenticidade da prova documental é de interesse público) é que se discutirá a exatidão da cópia reprográfica de documento particular.<sup>111</sup>

Anote-se, desse modo, existir verdadeira *relativização das cópias reprográficas ou fotográficas* de documentos, sejam públicos ou particulares, podendo o magistrado valorar a cópia de documento (público ou particular), independentemente de autenticação ou conferência em cartório, se não houve impugnação, como pensa ARNALDO RIZZARDO.<sup>112</sup>

Pensar diferente, exigindo a conferência dos originais de documentos (públicos ou particulares) em cartório ou a sua autenticação oficial, é demasiado formalismo, podendo prejudicar o exercício do respectivo direito material, máxime no mundo contemporâneo, no qual a cópia de documentos (cada vez mais facilitada por processos, não apenas reprográficos, mas também eletrônicos, como o *scanner*, as máquinas fotográficas eletrônicas, *web cams* e as impressoras digitais) é comum e correntemente utilizada, inclusive por instituições oficiais. O direito como um todo – e o direito civil particularmente, que disciplina a vida em sociedade – há de estar próximo da realidade viva, disciplinando a vida como ela é.

## 17.6 Cópias produzidas através de fac-símile (fax) ou qualquer meio semelhante

A ordem jurídica brasileira admite a prática de atos processuais através do uso de fax, em conformidade com a Lei nº 9.800/99, incumbindo à parte que dele fez utilização a juntada dos originais no prazo de cinco dias, contados do fim do prazo processual assinado ou da data em que se transmitiu o fax, se não tinha prazo assinado para a prática do ato. A não apresentação dos originais no quinquídio legal, perante o órgão judicial interessado (a quem foi dirigido o fax), implicará em inadmissibilidade do documento juntado aos autos, como vem entendendo a jurisprudência da Corte Excelsa.<sup>113</sup>

Assim, é de se aplicar as regras de presunção de veracidade também às cópias obtidas por fax – ou qualquer procedimento similar. Apenas importa lembrar que a utilização

<sup>111</sup> Com esse pensar, já se disse em sede jurisprudencial que a força probatória da cópia de documento particular conta com duas regras: “Pela primeira a cópia, qualquer que seja tem o mesmo valor probante que o original. Pela segunda, fica a prova condicionada à impugnação daquele contra quem foi produzida a cópia. Esta impugnação, no entanto, deve ser de natureza substancial e não meramente formal” (2ª TACív. SP, Ac. Unân., 11ª Câmara, Ap. Civ. 402.922-00/1, Rel. Juiz Artur Marques, RT 710: 108).

<sup>112</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 701.

<sup>113</sup> “A utilização de fac-símile, para a veiculação de petições recursais, não exonera a parte recorrente do dever de apresentar, dentro do prazo adicional a que alude a Lei nº 9.800/99 (art. 2º, *caput*), os originais que se referem às peças transmitidas por meio desse sistema, sob pena de não conhecimento, por intempestividade, do recurso interposto mediante fax. Precedentes” (STF, Ac. Unân., Tribunal Pleno, AI 535340EDv-ED-Agr/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.9.2010, DJe 8.11.2010).

processual de documentos em cópia de fax submete-se ao regramento imposto pela Lei nº 9.800/99.

Outrossim, merece referência o fato de que a responsabilidade pela integralidade do documento transmitido e pela sua idoneidade é, naturalmente, do próprio interessado, consoante compreensão das Cortes Judiciais.<sup>114</sup>

### **17.7 Ausência do título de crédito ou do documento original e impossibilidade de suprimento de prova**

Exige o legislador a apresentação do original do título de crédito para que possa produzir efeitos concretos em favor do credor, como – no mais eloquente exemplo – para fundar o processo de execução.

Efetivamente, como o título de crédito vale pelo que contém, regido pelos princípios da literalidade, cartularidade, autonomia e abstração, a exigência legal apresenta-se de significativo interesse prático, excepcionando a regra contida no *caput* do dispositivo legal, coadunando-se, ainda, com os arts. 887 ss do próprio Código Civil. Assim sendo, a produtividade de efeitos concretos pelos títulos de crédito depende da sua apresentação no original, não sendo admitida cópia, nem mesmo regularmente autenticada.

O Superior Tribunal de Justiça já tinha, nesse particular, definido sua orientação no mesmo sentido:

“Execução instruída com fotocópias de notas promissórias. Caução dos títulos originais junto a instituição bancária. Extinção. I. Inservível ao embasamento de execução meras fotocópias de notas promissórias cujos originais se acham caucionados junto a instituição bancária para garantia de empréstimo obtido pela credora-exequente. II. Recurso especial conhecido e provido”

(STJ, Ac. 4ª T., REsp. 8879/ES, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU 12.11.2001, p. 155).

É oportuno registrar, entretanto, que o art. 39 da Lei nº 9.492/97 permite a utilização de reprodução de título de crédito, por microfilme ou outro meio de processamento eletrônico de imagem, quando autenticado pelo tabelião de protesto (ou seu substituto ou escrevente autorizado), para fins de protesto de título, guardando o mesmo valor do original, independentemente de restauração judicial.

<sup>114</sup> “RECURSO INTERNO INTERPOSTO VIA FAX. TRANSMISSÃO INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE PERFEITA CONCORDÂNCIA COM A PEÇA ORIGINAL. 1. A jurisprudência desta Corte já firmou entendimento de que não se conhece do agravo regimental transmitido via fax que se encontra incompleto ou ilegível, ou ainda, quando o original apresenta diferenças em relação ao material encaminhado por esse sistema, a teor do disposto no art. 4.º da Lei nº 9.800/99. 2. *In casu*, o agravante enviou a petição do agravo interno, via fac-símile, de forma incompleta, pois somente a folha de interposição do recurso foi recebida nesta Corte, não correspondendo, pois, com a peça original posteriormente apresentada. 3. Ainda que assim não fosse, melhor sorte não assistiria ao recorrente, pois o prazo para interposição do agravo de instrumento, em sede criminal, como dito na decisão agravada, é de cinco dias, conforme estabelece a Lei nº 8.038/90. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, Ac. Unân., 6ª T., AgRegAgInstr.1283868/SE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 4.11.2010, DJe 29.11.2010).

## 17.8 Uso obrigatório do vernáculo nos documentos e as regras do Mercosul

Coadunando-se com a regra emanada da *Lex Mater*, notadamente no *caput* do art. 13, que prescreve ser a *língua portuguesa o idioma oficial da República Federativa do Brasil*, determina o art. 224 do Código Civil, quase que repetindo o art. 140 do Código revogado, que o uso do vernáculo seja obrigatório nos documentos em geral.<sup>115</sup>

Por conseguinte, os documentos produzidos no país (inclusive os instrumentos negociais) devem estar em língua portuguesa, garantindo fácil acesso ao seu conteúdo por todos, além de corresponder a uma exigência decorrente de motivações atreladas à própria soberania nacional.<sup>116</sup>

Como consectário lógico, é nulo de pleno direito o negócio jurídico redigido em língua estrangeira, dificultando a compreensão do seu conteúdo. Já se disse, com acerto, não obrigar o consumidor “a promessa de contrato de multipropriedade celebrado em língua estrangeira”.<sup>117</sup>

Note-se, ademais, ser lícito afirmar que os documentos estrangeiros devem ser traduzidos para o vernáculo antes mesmo de serem colacionados ao processo (afastada a incidência do art. 151 do Código de Processo Civil).

No fio dessa regra, é de se registrar a possibilidade de tradução do documento escrito em idioma estrangeiro, aproveitando o seu conteúdo. De maneira a garantir a idoneidade do documento, exige-se que a tradução seja realizada por *tradutor juramentado*, que goza de fé pública, consoante a regra do Decreto nº 13.609/43.<sup>118</sup>

Os escritos em língua estrangeira podem, com o escopo de garantir sua conservação ou perpetuidade, ser registrados, adotados os caracteres comuns. Todavia, os seus efeitos somente se produzem com a necessária tradução para o vernáculo, como reza o art. 148 da Lei nº 6.015/73.

Importante ressaltar, ainda, que as traduções estão, expressamente, incluídas na proteção dispensada aos direitos de autor pela Lei nº 9.610/98, especificamente em seus arts. 6º, XII, e 8º, resguardando a dignidade (caracterizada pelo respeito à intelectualidade) e a liberdade de pensamento da pessoa que a produziu.

Importante salientar que a formação de um documento redigido em idioma estrangeiro violando as regras citadas (participação de tradutor juramentado) não o torna inválido (nulo ou anulável). Na verdade, a norma legal não diz respeito à constituição do documento, mas sim à sua utilização concreta, especialmente em juízo, cabendo ao juiz realizar a valoração no caso concreto.

<sup>115</sup> A regra é antiga entre nós, remontando ao Regulamento 737, que, em seu art. 147, exigia a tradução de documentos redigidos em língua estrangeira.

<sup>116</sup> Essa é a posição abrigada em nossa jurisprudência: STF, HC 72.391-8/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 8.3.1995, DJU 17.3.1995, p. 5791.

<sup>117</sup> TA/RS, Ac. 9ª Câm. Cív., Ap. Cív. 196.182.760, Rel. Juíza Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 19.11.1996.

<sup>118</sup> O *tradutor*, pessoa habilitada para apresentar em vernáculo documentos estrangeiros e autorizada por lei (Decretos nºs 13.609/43 e 20.256/45) para tanto, não se confunde com o *intérprete*, figura processual que auxilia o magistrado (CPC, art. 139) na análise de documentos redigidos em língua estrangeira, espandendo dúvidas ou apresentando subsídios para melhor compreensão do seu conteúdo.

Finalmente, importante registrar que com o advento da globalização e, dentre os seus reflexos, com a implementação do Mercosul, surgiram novas regras quanto à formação de documentos em línguas estrangeiras, nos países integrantes do acordo internacional (Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, como países integrantes do Mercosul, e mais o Chile e a Bolívia).

É que, de acordo com o Decreto nº 2.067/96, em seu art. 26, que recepcionou o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional (Protocolo de Las Leñas),<sup>119</sup> os documentos produzidos em língua espanhola, entre os países que compõem o Mercosul, têm o mesmo valor probante dos documentos escritos em vernáculo, estando, inclusive, isentos de toda e qualquer formalidade quando tiverem de ser apresentados em outro território de algum país-membro, conferindo verdadeira unidade a tais escritos.

Nesse diapasão, já se reconheceu que a tradução de documento redigido em língua espanhola integra uma etapa burocrática, cara e morosa, que, à luz da nova ordem internacional em que se insere o Brasil, não tem mais cabimento, como bem salientou a Corte de Justiça paulista.<sup>120</sup>

Desse modo, sobreleva emprestar ao dispositivo legal em análise uma interpretação construtiva e sistemática, considerado o direito comunitário, especialmente as regras do Mercosul, para asseverar que somente será necessária a tradução de documentos redigidos em língua espanhola quando, diante do caso concreto, não for possível a sua perfeita compreensão ou suscitar alguma dúvida. Fora disso, é despicienda e procrastinatória a tradução de documentos redigidos em espanhol, quando for possível a sua compreensão.<sup>121</sup>

Com idêntico propósito, o Código Civil português, em seu comando 365, afirma que documentos estrangeiros podem fazer prova como o fariam documentos de mesma natureza exarados em Portugal.

### **17.9 Prova documental através de reproduções fotográficas, cinematográficas, registros fonográficos e reproduções mecânicas e a admissibilidade de fotografias digitais**

As reproduções documentais, sejam fotográficas ou cinematográficas (com reprodução de imagens, estática e dinâmica respectivamente), sejam fonográficas (reprodução de sons), sejam de qualquer natureza, inclusive eletro-eletrônicas, se não impugnadas,

<sup>119</sup> Em território argentino e em pleno coração da Cordilheira dos Andes, distante cerca de 1.200 km de Buenos Aires, encontra-se o *Valle de Las Leñas*. Embora voltada, essencialmente, à prática de esqui na neve, a cidade é um complexo de turismo de aventura. Encontra-se localizada a 2.240 metros de altura sobre o nível do mar e o seu cume está a 3.430 metros. Em virtude dessa localização geográfica, o Valle oferece uma temporada de férias longa, se estendendo de junho até outubro, basicamente.

<sup>120</sup> TJ/SP, Ac. 3ª Câ. Cív., Agr. Instr. 85.937-4/2, Rel. Des. Ênio Santarelli Zulliani, j. 19.5.1998, *Revista de Processo* – *RePro* 92: 384.

<sup>121</sup> Com base no princípio da reciprocidade, o direito argentino, através da Lei nº 24.578, também abraça a referida norma, admitindo documentos em língua portuguesa, sem maiores formalidades. Já vige também a regra no direito paraguaio.

fazem prova plena dos fatos representados, constituindo verdadeira *presunção de autenticidade*.

Classificam-se como documentos, na medida em que traduzem um pensamento, ideia ou fato. É bom lembrar, por isso, que os documentos não se restringem à palavra escrita e podem se apresentar por qualquer símbolo, razão pela qual afigura-se indubitável a natureza documental das reproduções.

Acolhe-se, nesse particular, um rol puramente exemplificativo (*numerus apertus*), permitindo, claramente, que outras formas de reprodução de fatos ou coisas, mecânica ou eletrônica, estejam embutidas na *presunção* mencionada. Como exemplo podem ser citadas as fotocópias reprografadas ou impressas e os disquetes e CD-ROMs.

Em razão dessa *presunção relativa de autenticidade*, em relação à reprodução reprográfica, cinematográfica, fotográfica ou eletrônica em geral, a parte prejudicada pelo conteúdo dos documentos apresentados possui legitimidade para lhes impugnar a exatidão. Não havendo impugnação, presume-se a autenticidade do documento.

Essa impugnação pode ser feita por meio de contestação ou incidente de falsidade (CPC, art. 390). Caberá ao interessado, nessa hipótese, demonstrar que a reprodução é falsa, seja por representar um fato que não corresponde à verdade, seja porque o fato representado, embora verídico, é distinto daquele que se pretende provar.

Quando se tratar de fotografia apresentada como prova deverá, para que possa surtir efeitos, estar acompanhada do respectivo negativo, atendendo ao que preceitua o art. 385, § 1º, do Código de Processo Civil, evitando montagens e falsificações.<sup>122</sup> Diz, *in litteris*, o dispositivo legal:

Art. 385, Código de Processo Civil:

“§ 1º – Quando se tratar de fotografia, esta terá de ser acompanhada do respectivo negativo”.

Todavia, em tempos contemporâneos de máquinas fotográficas digitais, o dispositivo legal precisa ser compreendido *cum grano salis*, admitida a prova fotográfica, sempre que não houve impugnação e se mostrar idônea. É certo – e isso não se põe em dúvida – que a câmera fotográfica com filme caiu em desuso, tornando-se obsoleta, em razão do desenvolvimento e do facilitado uso das câmeras digitais, nas quais não há filme negativo onde seriam registradas as impressões luminosas. Nos equipamentos digitais, a imagem é captada por meio de células fotossensíveis (*charged coupled device*) e em seguida, automaticamente, digitalizada e registrada em sua memória, sem qualquer negativo. A ciência jurídica, portanto, precisa se adaptar ao novo mecanismo tecnológico. A solução que merece prestígio, à luz, inclusive, do art. 225 da Codificação Reale, é a admissibilidade da fotografia digital (evidentemente, sem o respectivo negativo),

<sup>122</sup> Colhe-se de nossa jurisprudência: “Fotografias desacompanhadas dos negativos. Ausência de impugnação oportuna. Preclusão. A questão da falta de negativos das fotografias acostadas com a inicial restou preclusa, mercê do silêncio do réu quanto ao particular, na oportunidade da contestação” (STJ, Ac. Unân., 4ª T., Ag Rg 42.659-9/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.12.1993, DJU 28.2.1994, p. 2898).



independentemente da juntada do cartão de memória (na medida em que, habitualmente, não se mantém as fotografias nos cartões de memória, optando, no mais das vezes, por arquivá-las em computadores), somente sofrendo restrições se houver impugnação expressa da parte interessada – hipótese em que o juiz decidirá, com esteio no livre convencimento motivado. Não havendo qualquer contradita, a fotografia digital deve ser admitida.

O Decreto nº 1.799/96 cuidou dos filmes (tanto do microfilme original, quanto das cópias) produzidos fora do país, admitindo, expressamente, a sua utilização em juízo ou fora dele (nos atos jurídicos em geral), exigindo, contudo, em seu art. 17, para o controle de sua veracidade, cumulativamente, que seja providenciada pelo interessado a autenticação pela autoridade estrangeira competente, o reconhecimento da firma da autoridade estrangeira competente pela autoridade consular brasileira e, finalmente, estiverem acompanhados da tradução oficial (por tradutor juramentado).

### 17.10 Admissibilidade do documento eletrônico como prova documental

A partir da ideia de que documento é toda coisa capaz de representar um fato, enfeixando uma noção de caráter nitidamente aberto – na medida em que são inúmeras as formas pelas quais a representação de um fato ou ideia pode se materializar –, conclui-se, fatalmente, ser impossível disciplinar integralmente a matéria, com previsão exaustiva de regras.

No mundo contemporâneo, com a facilitação de acesso aos meios eletrônicos, através de computadores, *tablets*, *smartphones*..., não se pode ignorar a importância do documento eletrônico.

Nessa linha de intelecção, a interpretação das regras sobre a prova cível deve ser feita de modo ampliativo, abrangendo as novas formas de registros de fatos, que surgem com o desenvolvimento tecnológico.

E é justamente por isso que há de se admitir o *documento eletrônico* como prova documental, a ele sendo aplicável, inclusive, a *relativa presunção de autenticidade*. Ou seja, *o documento eletrônico pode ser admitido como meio de prova, salvo havendo impugnação da contraparte, hipótese em que caberá ao magistrado valorar a prova, de acordo com o seu livre convencimento motivado*.

### 17.11 Livros e fichas dos empresários e empresas

Especificamente o empresário (outrora chamado de comerciante), por conta de sua atividade plural e aberta, deve manter os livros devidamente escriturados (CC, art. 1.179), os quais deverão ser produzidos por contabilista legalmente habilitado (CC, art. 1.182), com a observância das formalidades legais (CC, arts. 1.180 a 1.196).

Assim, os livros dos empresários, que devem atender a determinadas formalidades, podem servir como prova, como reconhece o art. 226 da norma substantiva.

O Código Civil, em opção mais ampla do que a do legislador processual, admite que os livros comerciais façam prova contra o seu titular ou em seu favor,<sup>123</sup> podendo serem admitidos, pois, contra terceiros. Entretanto, vale destacar que o ônus de provar que as informações constantes dos livros são verídicas pertence, obviamente, ao seu autor – ou seja, ao empresário.

Importante explicitar a distinção entre o exame dos livros empresariais e a prova pericial contábil em empresas. Aquele (o exame) tende à verificação da contabilidade geral de empresas, podendo ser realizado pelo sócio (ou por terceiro interessado) com o propósito de esclarecer dúvidas ou fiscalizar a regularidade do balanço, independentemente de instauração de lide. Esta (a perícia contábil) é realizada em juízo, com o escopo de apurar fatos ou situações que reclamem conhecimento técnico específico, como elucida JOÃO BATISTA LOPES,<sup>124</sup> não apenas em ações que digam respeito à empresa, mas também para precaver interesses de terceiros, como, por exemplo, em ação de alimentos, com o propósito de promover uma avaliação contábil da pessoa jurídica.

O Código Civil regula o exame de livros comerciais, estabelecendo as regras para tanto, não colidindo com a possibilidade de realização de perícia contábil, regida pelo art. 420 do Código Instrumental.

Com o propósito de esclarecer dúvidas na contabilidade geral da empresa ou mesmo com intenção fiscalizatória, é possível pleitear, em juízo, a exibição de livros comerciais no todo ou em parte.

No entanto, se a empresa não é parte no litígio, não pode ser “obrigada a exibir seus livros”, como já se anotou em decisão judicial (RT 712: 151).

## 18 PROVA PERICIAL

### 18.1 Generalidades

Existem hipóteses em que o esclarecimento de fatos exige uma percepção especial, um conhecimento técnico não reconhecido a todos. Nesses casos, um *expert*, utilizando de sua percepção acurada, fruto de sua formação profissional, apresentará o seu parecer sobre o tema posto à apreciação.<sup>125</sup>

Bem definiu CARNELUTTI a prova pericial como sendo aquela destinada a elucidar fatos que exigem percepção técnica e qualidades sensoriais especializadas dos observadores, aliadas a conhecimentos científicos e técnicos.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> Assim, INACIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, op. cit., p. 260.

<sup>124</sup> LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*, op. cit., p. 127.

<sup>125</sup> Assim, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 366. Com igual percepção, PAULO NADER escreve que “quando a *quaestio facti* se mostra complexa e exige conhecimento especializado para a sua avaliação, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento da parte, determina a realização de perícia, nomeando *expert* de sua confiança, podendo as partes indicar assistentes para acompanhamento da prova e apresentação de laudo. Por mais culto que seja o juiz, há áreas do conhecimento que escapam à sua experiência e quando isto ocorre é forçoso que recorra ao apoio de técnicos” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 605).

<sup>126</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, op. cit., p. 283.

Exemplos corriqueiros de perícias podem ser citados: o exame DNA realizado por médico em ação de investigação de paternidade, o levantamento topográfico realizado por geólogo em ação reivindicatória ou mesmo a avaliação contábil realizada por profissional em contabilidade em ação de prestação de contas.

A prova pericial diz respeito a fatos (e fatos qualificados: que exigem conhecimento técnico específico, não sendo elucidáveis através de testemunhos ou documentos).

A perícia pode consistir em *exame*, *vistoria*, *avaliação* ou *arbitramento*, a depender do caso concreto, sendo inadmissível, nos termos do art. 420 do Código de Ritos, quando a prova não depender de conhecimento técnico (sendo a percepção do fato possível ao homem comum), for desnecessária por conta das demais provas produzidas ou a verificação tiver se tornado impraticável.

Devido aos custos com a realização da perícia, a doutrina tem entendido que deve o juiz evitar a perícia sempre que for possível, “de forma mais simples ou menos onerosa, apurar a veracidade das alegações das partes”, valendo-se de outros meios para a sua convicção, como acentua JOÃO BATISTA LOPES.<sup>127</sup>

O perito tem de ser pessoa natural, gozando da confiança do juiz,<sup>128</sup> podendo sofrer as excusas permitidas em lei para o juiz (impedimento ou suspeição), com o propósito de assegurar que a sua atuação esteja limitada cabalmente aos aspectos técnicos de sua especialidade.

O juiz há de estar o mais próximo possível da perícia, acompanhando, se possível, a realização do ato – até mesmo porque não o vincula, podendo a decisão repelir as conclusões da perícia (CPC, art. 436). Pode, ainda, determinar a realização de nova perícia ou que sejam prestados esclarecimentos pelo perito, exatamente com o propósito de formar sua convicção.

Merece realce o fato de que a perícia, em nenhuma situação, vincula o magistrado, em razão do princípio da persuasão racional, podendo ser extraído o seu juízo de valor livremente dos autos. Pode o juiz, inclusive, dispensar a perícia se a entender desnecessária em face de outras provas já efetivamente produzidas: “É perfeitamente possível ao juiz, ao seu critério e de acordo com a sua convicção, indeferir o pedido de prova pericial, uma vez que esta se fizer desnecessária em vista de outras provas produzidas”. Esclareça-se, todavia, que “o indeferimento de prova pericial, flagrantemente desnecessária, não constitui cerceamento de defesa” somente se está o “fato já comprovado nos autos e independe de conhecimentos técnicos”, como reconhece a jurisprudência.<sup>129</sup>

Podem as partes, por seu turno, de acordo com o seu interesse particular, indicar assistentes técnicos para acompanhar a perícia, respondendo por seus custos.

<sup>127</sup> LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, op. cit., p. 132.

<sup>128</sup> Já se decidiu que “o perito há de ser da confiança do juiz, não de sua intimidade, e tal confiança não é fundada nas relações de pessoalidade, mas objetivamente preconizada pela lei processual, com fundamento na capacitação profissional e no reconhecimento público” (TA/MG, Agr. Instr. 235.433 – Comarca de Montes Claros, Rel. Juíza Maria Elza, j. 10.9.1997, DJMG 9.10.1997).

<sup>129</sup> TRF – 4ª Região, Ac. Unân., 3ª T., Agr. Instr. 2000.04.01.024681-2/SC, Rel. Juíza Luíza Dias Cassales, j. 8.6.2000, DJU 26.7.2000, RT 787: 427.

Os assistentes técnicos, naturalmente, não estão sujeitos às arguições de suspeição e impedimento, representando os interesses privados das partes.

Registre-se, ademais, não se confundir a perícia com a *inspeção judicial* (também chamada de *inspeção ocular*), contemplada nos arts. 440 a 443 do Código de Processo Civil, que é o expediente pelo qual o juiz, pessoal e diretamente (sem o concurso de terceiros), examina pessoas e/ou coisas para aclarar pontos duvidosos. Por não se valer de terceiros ou instrumentos para formar o convencimento do juiz, a inspeção judicial é meio subsidiário de prova, tendente a esclarecer pontos nebulosos ou ainda não suficientemente esclarecidos. Em respeito ao princípio do contraditório, apesar de se tratar de ato pessoal do juiz, deverão as partes (e o Ministério Público, se estiver intervindo no processo como fiscal da ordem jurídica) serem intimadas para o ato, inclusive podendo acompanhá-lo. Exemplo comum de inspeção judicial são as ações possessórias com pedido indenizatório, nas quais o juiz visita pessoalmente a área disputada para ter ciência da dimensão do problema.

## 18.2 Possibilidade de recusa à perícia médica

Como consequência lógica da orientação jurisprudencial que prevaleceu, há algum tempo, em nossos Pretórios, o art. 232 do Código Civil reconhece, expressamente, a possibilidade de se recusar a prática de perícia médica, parecendo fundar sua base na tutela da integridade física humana.

O *leading case* da orientação jurisprudencial sobre o tema é o conhecido julgado do Supremo Tribunal Federal que, após acesos debates, houve por assegurar a impossibilidade de condução coercitiva a exame médico. Proclamou o aresto: “Investigação de paternidade – Exame DNA – Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”.<sup>130</sup>

Sem dúvida, é nas ações filiatórias que a regra legal em comento produz as suas consequências mais sensíveis.

Aliás, iluminados pela orientação da Suprema Corte, diversos Pretórios brasileiros, em passagens específicas, trilharam pelo mesmo caminho: “Os exames hematológicos e o DNA não podem ser impostos pela Justiça. É facultado à parte requerê-los e ao ‘ex adverso’ consenti-los”.<sup>131</sup> Talvez por isso, seguindo as pegadas desse entendimento

<sup>130</sup> STF, Ac. Tribunal Pleno, HC 71.373-4/RS, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, m. v., j. 10.11.1994, DJU 22.11.1996, p. 45686.

<sup>131</sup> TJ/MG, Ap. Cív. 26.909-2, Rel. Des. Francisco Figueiredo, DJMG 28.11.1996.

pretoriano, o legislador civilista – apesar de não constarem os textos dos arts. 231 e 232 do anteprojeto originário – resolveu prescrever a possibilidade de recusa à perícia médica.

As origens desse entendimento parecem remontar à 5ª emenda da Constituição norte-americana, afirmando, em outra ambientação (lembre-se!), não ser possível compelir ninguém a prestar testemunho contra si mesmo em processos criminais. O entendimento foi sufragado pela Suprema Corte ianque (*Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436, 86 S. Ct. 1602, em 1966). Em rumo diverso, considerando o alto significado da prova pericial e a relatividade do direito à intimidade e privacidade, encontram-se os ordenamentos da Alemanha (§ 372ª ZPO) e Suíça (art. 254-2º ZGB), que afirmam a obrigatoriedade de realização de exame médico indispensável.

Registre-se, a propósito, a existência de posições doutrinárias recentes e arrojadas, analisando a recusa à perícia médica em ações filiatórias, à luz do balizamento constitucional. Assim, com esteio nos valores constitucionais, buscando prestigiar a dignidade humana, defende-se que o direito natural, constitucional, indisponível e absoluto à perfilhação suplanta valorativamente o direito à intimidade, tornando indiscutível a indispensabilidade da prova pericial emanada do exame DNA, dada a sua precisão científica. Assim, já se afirma, em sede doutrinária, a obrigatoriedade da produção do exame genético em DNA e, em caso de recusa, ser imperativa a condução coercitiva do investigado, visando garantir a dignidade humana do investigador, como advoga o eminente jurista gaúcho BELMIRO PEDRO WELTER.<sup>132</sup>

Comungando com a tese, MARIA CHRISTINA DE ALMEIDA propõe a compulsoriedade do “exame genético, sempre que exigido das partes ou de terceiros, adotando o direito alemão como paradigma”.<sup>133</sup>

### 18.3 Perícia médica necessária e a não aproveitabilidade da recusa em submeter-se à perícia

Apesar do reconhecimento do princípio do livre convencimento motivado (CF, art. 93, e CPC, art. 131), não se pode olvidar que em determinadas situações específicas, impõe a norma a realização da perícia, de modo a auxiliar o convencimento do julgador.

Exemplos cotidianos dessas situações – nas quais o exame pericial é obrigatório para o convencimento do julgador – podem ser trazidos à baila com a perícia médica em ações de interdição (CPC, art. 1.183) e com as ações filiatórias (investigação de paternidade e negatória de paternidade), nas quais o exame de DNA (ácido desoxirribonucleico) permite a determinação do vínculo parental com mais de 99,999% de acerto (precisão científica).

<sup>132</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: questões controvertidas*, op. cit., p. 158 ss. Também a jurisprudência apresenta precedentes em que reconhece a obrigatoriedade do exame de DNA em ações de investigação de paternidade, consoantes as decisões dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (Ac. 8ª Câm. Civ., Ap. Civ. 594.101.032, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 27.10.1994) e de Santa Catarina (Ac. 2ª Câm. Civ., Agr. Instr. 8.137, Rel. Des. Napoleão Amarante, j. 19.4.1994).

<sup>133</sup> ALMEIDA, Maria Christina. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*, op. cit., p. 159.

Como consequência do brocardo latino *noeminem allegare potest sui cuique turpitudinem* (que pode ser traduzido com a ideia de *proibição de comportamento contraditório*), o ordenamento civil, no art. 231, estabelece não poder, aquele que se nega em submeter-se à perícia médica, invocar a referida prova em seu favor. Reza o dispositivo legal: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

Vê-se pela dicção legal que a lei civil admite a possibilidade de a parte recusar a submeter-se a uma perícia médica, apenas não sendo possível àquele que promove tal repúdio invocá-lo em seu proveito.

Ora, se a prova pericial não foi realizada pela recusa imotivada da parte, de fato, não é crível, nem admissível, possa ela, mais adiante, alegar a insuficiência ou inexistência de prova em seu benefício, buscando favorecimento da sua própria negativa.<sup>134</sup>

Exemplificativamente, a recusa do réu, em ação de investigação de paternidade, em submeter-se a exame pericial somente pode ser interpretada desfavoravelmente a ele.<sup>135</sup>

#### **18.4 Inaplicabilidade da regra legal a casos específicos de justificada recusa ao exame médico (homenagem ao princípio da proporcionalidade)**

Não é demais registrar a possibilidade de recusa lícita à realização de perícias médicas, afastando a regra da impossibilidade de recusar-se à perícia e invocá-la em seu favor (CC, art. 231), em casos específicos, sopesados de acordo com a técnica de ponderação de interesses.

É que a aplicação da regra em apreço pressupõe recusa injustificada, sem que motivo razoável exista, pois, do contrário, é impossível incidir a norma legal.

A questão, aliás, assume enorme importância prática, não sendo raras as dramáticas situações vivenciadas por pessoas que se recusam em submeter-se a exames periciais por conta, por exemplo, de suas convicções religiosas.

É o significativo e eloquente exemplo dos seguidores da Igreja Testemunhas de Jeová que, por força de crença religiosa (cuja liberdade é assegurada constitucionalmente como garantia fundamental), justificando sua postura nas passagens do Gênesis (9, 3 a 5), Levítico (17, 10) e Atos (15, 20), não admitem o recebimento de transfusões de sangue, podendo, via de consequência, eventualmente, recusar-se à realização de perícias médicas que envolvam a prática de atos hematológicos. Em tal hipótese, vislumbra-se um verdadeiro conflito de valores, impondo-se pesar na balança (técnica de

<sup>134</sup> Nesse diapasão, já cimentou o Supremo Tribunal Federal: “Se o réu, apesar de toda a insistência do juízo, deixou de comparecer aos exames hematológicos a que devia submeter-se, tendo sido mesmo advertido de que a sua ausência poderia significar em seu desfavor, não é admissível venha ele a alegar sua própria omissão para pretender anular o processo, a partir da sentença” (STF, Ac. Unân., 2ª T., RE 110.315/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ 125: 318).

<sup>135</sup> Corroborando dessa ideia, consulte-se o excelente texto de MARIA CELINA BODIN DE MORAES. “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade”, op. cit., p. 186.



ponderação dos interesses) a licitude da recusa em submeter-se à perícia médica, em razão de valores religiosos, e a imprescindibilidade da perícia para o esclarecimento dos fatos.

Nessa hipótese específica, a solução, que atende mais amplamente à dignidade humana, sem dúvida, deve ser o respeito à liberdade religiosa, à convicção íntima, não se lhes aplicando a norma em apreço. A questão, todavia, depende fundamentalmente do caso específico, não sendo possível estabelecer soluções apriorísticas.

É certo e incontroverso que o reconhecimento e o respeito às convicções religiosas (ou à não convicção religiosa), sejam da maioria ou da minoria da população, é aspecto fundamental da personalidade,<sup>136</sup> protegida em sede constitucional pela amplitude do conceito de dignidade humana.

Não é demais lembrar que do princípio da dignidade humana – vetor e ápice de todo o sistema jurídico brasileiro – defluem, além do inderrogável respeito à integridade física, as ideias de proteção à integridade psíquica e intelectual e às condições mínimas de liberdade e igualdade, denotando, com clareza meridiana, a necessária tutela à liberdade de credo, cuja violação significa, no final das contas, infringência ao próprio conceito de vida digna.

Vê-se, assim, em casos como esse, não haver o intuito da parte de obstruir a produção de provas, quedando, via de consequência, a justificativa ideológica de aplicação da regra legal.<sup>137</sup> É que a pessoa humana que adere à orientação das Testemunhas de Jeová pretende, tão somente, viver em paz consigo mesmo, tendo respeitada a opção religiosa abraçada.<sup>138</sup>

Nesse passo, há o comovente relato de um caso em que o médico promoveu a transfusão de sangue em determinada parturiente, contra a vontade dela e de seu marido, que recusavam o tratamento hematológico por motivos religiosos, vindo a paciente, após a alta médica, a sofrer o repúdio de sua comunidade, não sendo aceita em seu lar pelo cônjuge, nem permitido que frequentasse a sua Igreja.<sup>139</sup>

A respeito do tema, conquanto a Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina – CFM, e os arts. 46 e 56, do Código de Ética Médica, autorizem os médicos a praticar a transfusão de sangue em seus pacientes, independentemente de consentimento, se houver iminente perigo de vida,<sup>140</sup> a solução que deve vingar é outra, não podendo

<sup>136</sup> Promovendo uma detalhada e precisa análise da situação narrada, GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER, em artigo sobre as nuances dos direitos de minoria, sustentam a licitude da recusa, invocando fundamentos constitucionais, especialmente o direito à convicção religiosa como aspecto fundamental da personalidade humana. Cf. “Minorias no direito civil brasileiro”, op. cit., p. 144.

<sup>137</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 595.

<sup>138</sup> Em trabalho dedicado ao tema, CELSO RIBEIRO BASTOS percebe a simples busca da realização pessoal na convicção religiosa dos Testemunhas de Jeová. Cf. “Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas”, op. cit., p. 496.

<sup>139</sup> A referência é de MIGUEL KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, op. cit., p. 183.

<sup>140</sup> Nesse sentido, permitindo a transfusão de sangue, vem se posicionando, em maioria, a jurisprudência, como se extrai da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicada em COAD/ADV, 46/96, nº 76.148, p. 704.

prevalecer a ideia de que o direito à liberdade religiosa cede à indisponibilidade do direito ao corpo, apesar da indubitosa inclinação normativa nesse sentido.

Com toda certeza, entender que a liberdade de religião (ou de não ter religião) deve ser sacrificada em respeito à intangibilidade do direito à vida e ao corpo humano é *desconsiderar outro aspecto fundamental e igualmente indisponível da personalidade, que é a liberdade de crença*, nas precisas palavras de TEPEDINO e SCHREIBER.<sup>141</sup> Seria desprezar uma compreensão mais elástica da personalidade, na qual se inclui, inexoravelmente, a intelectualidade humana, para represá-la apenas na dimensão física da pessoa.

### 18.5 A presunção judicial gerada pela recusa e a inutilidade do art. 232 do Código Civil

A leitura crítica e minuciosa do art. 232 do Código Civil permite concluir que não há uma *presunção legal* criada pela norma para a hipótese de recusa em submeter-se a exame médico, conduzindo à fácil conclusão da *inutilidade do art. 232 do Código Civil*, por repetir o “óbvio ululante”, na expressão de NELSON RODRIGUES.

Art. 232, Código Civil:

“A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz *poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*”.

Salta aos olhos a desnecessidade do aludido dispositivo legal.

Ora, se o magistrado é livre e soberano na análise das provas produzidas, é inútil afirmar, como faz o artigo supracitado, que a recusa em submeter-se à prova pericial *poderá* ser considerada no ato de julgar. Por óbvio, a recusa na realização de exame médico – assim como todas as demais provas, indícios e presunções – será considerada, conjuntamente, pelo julgador no momento do veredito.

É que a afirmação de que o juiz *pode* considerar a recusa à perícia médica no bojo do acervo probatório apenas repete o princípio do livre convencimento motivado, emanado do art. 93 da *Lex Mater* e confirmado pelo art. 131 do Código de Processo Civil. Ou seja, o especioso artigo apenas está afirmando que o juiz é livre (como se já não fosse) para apreciar a prova, podendo, inclusive, considerar a recusa da parte em submeter-se à perícia médica em seu desfavor, juntamente com outros indicativos probatórios.

No que tange, especificamente, às ações de investigação de paternidade, com um espírito mais incisivo, foi editada a Lei nº 12.004/09, conferindo nova redação ao parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 8.560/92 – Lei de Investigação de Paternidade, em termos precisos:

Art. 2º-A, Lei nº 8.560/92 – Lei de Investigação de Paternidade:

“Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa

<sup>141</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. “Minorias no direito civil brasileiro”, op. cit., p. 144.

do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Veja-se que este último dispositivo legal, diferentemente, estabelece uma *presunção legal relativa*, estabelecendo que a prova que se pretendia produzir (demonstrando a existência da relação paterno-filial) será presumida pela recusa do investigado ao exame pericial. Dessa forma, é possível afirmar que, no âmbito das ações investigatórias de filiação, *a recusa ao exame pericial gera presunção (relativa) de paternidade*.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já havia, anteriormente, editado a Súmula 301, admitindo a recusa como fator de presunção da prova da paternidade. A súmula estava redigida nos seguintes termos:

Súmula 301, Superior Tribunal de Justiça:

“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Assentando o entendimento sumulado, emprestou-se nova redação ao § 2º do art. 2º da Lei nº 8.560/92 – Lei de Investigação de Paternidade, estabelecendo que a recusa em se submeter ao exame de DNA, no âmbito das ações de reconhecimento de filhos, implicará em presunção legal (relativa) de paternidade. Com isso, é de se afirmar que há uma presunção legal decorrente da recusa em submissão ao exame pericial de DNA, decorrente da técnica de ponderação dos interesses.

Com isso, em se tratando especificamente de ação de reconhecimento de filhos, aplica-se o específico dispositivo legal da Lei de Investigação de paternidade, que estabelece uma *presunção legal relativa de paternidade*, decorrente da recusa.<sup>142</sup> Nos demais casos, incidirá a norma do Código Civil que, por seu turno, estabelece uma *presunção judicial relativa* de procedência da prova que se pretendia produzir.

Volvendo a visão para hipóteses concretas, é possível concluir, à luz da norma geral e da norma específica, que a recusa imotivada do réu em submeter-se a um exame médico essencial ao processo pode conduzir à procedência do pedido, seja por presunção legal, seja por presunção judicial.

Advirta-se, por oportuno, que tanto uma, quanto a outra, sempre, são presunções relativas, na medida em que admitem prova em contrário.

<sup>142</sup> Buscando fundamentos para a presunção, veja-se o acurado voto vencido do Desembargador FRANCISCO FIGUEIREDO, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “O direito à verdade real da filha, na busca do direito personalíssimo da filiação, não pode ficar adstrito ao fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante. A Constituição Federal brasileira, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 226, § 7º, CF). Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da pessoa, um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte podem frustrar. Assim sendo, deve ser afastada a alegação de *plurium concubentium* da mãe da autora, ao tempo da concepção se o réu se recusa a submeter-se a exame de DNA, impedindo o juiz de apurar a verdade real, mormente quando somada à prova indiciária da paternidade” (Trecho extraído do voto vencido proferido no julgamento da Ap. Cív. 173.580.2-00, na 2ª Câmara Cív. do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, RBDfam 14: 118 e 16: 131-132).

## 19 PROVA TESTEMUNHAL

### 19.1 Noções gerais

Prova testemunhal é aquela produzida mediante a inquirição de pessoas humanas – estranhas ao processo – que possuem conhecimento (não técnico), direto ou indireto, acerca de fatos que interessam ao desate da causa ou que presenciaram um determinado acontecimento (ato).<sup>143</sup>

Por isso, distinguem-se, de modo geral, as testemunhas *instrumentárias* das testemunhas *judiciais*, também ditas *de fato*. Enquanto aquelas (instrumentárias) apenas presenciaram situações jurídicas concretas, compondo a estrutura externa de determinados negócios jurídicos, não sendo mister que tenham conhecimento de seus motivos (exemplos de testemunhas instrumentárias são as testemunhas de um contrato, de um testamento ou de um casamento), estas (judiciais) presenciaram um fato passado que se encontra *sub judice* e precisa ser demonstrado com vistas ao convencimento do magistrado.

Não se confundem, ainda, com a testemunha *referencial* e com a *indiciária*.

A testemunha *referencial* ou *abonatória* é a que esclarece fato narrado por outra testemunhal, em face de seu conhecimento mais acurado ou da necessidade de detalhes. São bastante comuns em ações penais quando alguma testemunha informa ter obtido conhecimento do fato por declarações ou relato de terceiro, evidenciando o interesse de também inquirir a referida pessoa.

A outro giro, diz-se *indiciária* ou *de ouvida* a testemunha cujo conhecimento acerca dos fatos probandos é apenas por ouvir dizer, ou seja, o seu conhecimento é a partir de informações de terceiros ou de simples rumores.<sup>144</sup>

Apesar de ácidas críticas,<sup>145</sup> especialmente por conta da falibilidade dos testemunhos – que são permeados pela própria falibilidade humana – e das naturais contingências que envolvem a sua produção,<sup>146</sup> todos os ordenamentos jurídicos hodiernos admitem a prova testemunhal, por conta de sua imprescindibilidade em determinadas causas, como nas ações possessórias, de usucapião e nas separações judiciais litigiosas, não raro constituindo-se em único meio de prova possível, como em ações de reparação de danos por acidente de veículos.

Outrossim, destaque-se que a prova testemunhal demonstra indiscutível vantagem prática consubstanciada na oralidade de sua colheita, importando em maior celeridade.

<sup>143</sup> Também assim, FREITAS CÂMARA, para quem prova testemunhal, como parece óbvio, é a produzida por “pessoa estranha ao feito (pois se for parte o que se tem é depoimento pessoal, e não prova testemunhal)” (*Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 419).

<sup>144</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 709.

<sup>145</sup> Lembra MARCO AURÉLIO S. VIANA que “a palavra falada voa. A memória pode trair. A testemunha morre, enfim, a prova testemunhal é, em regra, menos segura” (*Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 403).

<sup>146</sup> Exemplo comum do que se narra são os testemunhos prestados em ações de divórcio direto, nas quais se atesta o prazo de dois anos de separação de fato do casal de forma quase autômata, não raro atendendo a pedido das próprias partes interessadas.

## 19.2 Admissibilidade da prova testemunhal

Há fatos que somente podem ser demonstrados através de prova documental ou pericial, não sendo possível ao magistrado deferir prova testemunhal para eles (é o exemplo de uma demarcação de terras). Naturalmente, portanto, considerada a gama infinita de enganos e falsidades que pode assolar a prova testemunhal, são estabelecidas na lei civil (assim como na lei processual civil, arts. 400 a 402 do Código de Processo Civil) condições para a sua aceitação.

Conjugando as disposições da lei substantiva com as da lei processual, é possível afirmar que a prova testemunhal é inadmitida nas seguintes hipóteses: (i) se os fatos já estão provados por documento ou confissão (CPC, art. 400); (ii) se o fato jurídico (em sentido amplo) somente puder ser provado por escrito (como no típico exemplo dos contratos de compra e venda de imóveis e de seguro); (iii) se a demonstração do fato depender de prova técnica, nos termos do art. 400 do Código de Ritos Cíveis (sendo possível exemplificar com um levantamento contábil); (iv) se o negócio jurídico tem valor superior ao décuplo do salário-mínimo vigente no país (CC, art. 227).

No que concerne a este último dispositivo legal (CC, art. 227), é preciso apresentar algumas ponderações, demonstrando a duvidosa constitucionalidade da vedação da prova testemunhal em razão do valor do negócio jurídico, conquanto se trate de regra legal existente entre nós desde o Código Civil de 1916, repetida pelo Código de Processo Civil.

A restrição legal parece encerrar indevido resquício de discriminação social em face da condição econômica da parte, retirando daquele que celebra negócios mais vultosos o direito (constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXXV) de produzir amplamente prova, inclusive testemunhal,<sup>147</sup> vulnerando frontalmente o princípio da igualdade substancial, proclamado pelos arts. 3º e 5º da Magna Carta. Ademais, se a Constituição da República garantiu amplo e irrestrito acesso à Justiça – motivo pelo qual vislumbra-se, como visto alhures, um direito constitucional à prova –, não é possível restringir, em sede infraconstitucional, a produção da prova testemunhal, sob pena de absoluta incompatibilidade com a Carta Maior.

Por isso, o Superior Tribunal de Justiça, revelando preocupação em adequar a legislação infraconstitucional ao novo espírito jurídico emanado do Texto Magno, manifestou-se pela colisão frontal da (indevida) restrição aqui em análise com os direitos fundamentais constitucionais, entendendo não se harmonizar com a Carta Constitucional a impossibilidade de produzir prova testemunhal em razão do valor do negócio jurídico. Afirmou-se, não sem razão, que “a Constituição da República admite qualquer espécie de prova. Há uma restrição lógica: obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Note-se: integra o rol dos direitos e garantias fundamentais”. Logo, qualquer “restrição afeta a busca do direito justo”, entendeu a Colenda Corte. “Autor e réu (sentido amplo do termo, para alcançar qualquer espécie de postulante e a quem se postula) têm direito de demonstrar o que afirmam”.<sup>148</sup>

<sup>147</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 587.

<sup>148</sup> STJ, Ac. 6ª T., REsp. 177.214, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 22.9.1998, RF 346: 268.

E mais. Ainda que superada fosse a questão da inconstitucionalidade da norma legal em apreço (CC, art. 227), a sua compreensão estaria, inexoravelmente, relativizada, não se admitindo a restrição da utilização da prova testemunhal em determinadas situações concretas, por conta de sua imprescindibilidade.<sup>149</sup>

Lamentavelmente, olvidou o legislador civil que, de há muito, doutrina e jurisprudência temperaram o rigor da limitação na admissão da prova testemunhal,<sup>150</sup> impondo uma interpretação da regra *cum grano salis*. Em situações negociais concretas nas quais as partes não tenham como demonstrar os fatos que abonam o seu direito, senão com testemunhas, ou em contratos que habitualmente são celebrados oralmente, sempre foi perfeitamente admitida a prova testemunhal, sem qualquer restrição, independentemente do seu valor. São os robustos exemplos do contrato de trabalho, de corretagem ou mediação (RSTJ 74: 412 e RT 714: 134), de prestação de serviços (RT 715: 179), de empreitada, do contrato agrário (RT 625: 148), do contrato de gado (RT 132: 660), da parceria rural (STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 10.807/PI, Rel. Min. Dias Trindade, j. 21.6.1991, DJU 19.8.1991, p. 10995), da prestação de serviços de táxi (RT 712: 160), da sociedade de fato (RSTJ 69: 442), dentre outros que são celebrados sem preocupações com instrumentos escritos.<sup>151</sup>

De qualquer sorte, ainda que constitucional fosse, vale evidenciar que, a partir da combinação das regras contidas nos arts. 227 do Código Civil e 402 do Código de Processo Civil (que, seguramente, não foi revogado, nem total, nem parcialmente, pela Lei Civil), admitir-se-ia a prova testemunhal, em qualquer hipótese, independentemente do valor do negócio que se pretende provar, quando houver início de prova por escrito.

Havendo começo de prova por escrito, através de declarações que podem tornar verossímil o negócio que se pretende provar, como, *v. g.*, bilhetes, cartas, anotações, gráficos, orçamentos sem assinatura, minutas, fax, *e-mail*, o conhecido “vale” (muito comum em relações trabalhistas), a prova testemunhal poderá servir de forma

<sup>149</sup> Já tem proclamado o Superior Tribunal de Justiça reinar o seguinte entendimento: “Previdenciário. Rurícola (boia-fria). Aposentadoria por velhice. Prova puramente testemunhal. Interpretação da lei de acordo com o art. 5º da LICC, que tem foro supralegal. Recurso não conhecido pela alínea *a* do autorizativo constitucional. I – O juiz – e em suas águas o tribunal *a quo* – julgou procedente o pedido da autora, não obstante ausência de prova ou princípio de prova material. II – A Previdência, após sucumbir em ambas as instâncias, recorreu de especial (alínea *a* do art. 105, III, da CF). III – O dispositivo infraconstitucional que não admite ‘prova exclusivamente testemunhal’ deve ser interpretado *cum grano salis*. Ao juiz, em sua magna atividade de julgar, cabe valorar a prova, independentemente de tarifação ou diretivas infraconstitucionais. Ademais, o dispositivo constitucional (art. 202, I) para o boia-fria se tornaria praticamente ineficaz, pois dificilmente teria como fazer a exigida prova material” (STJ, Ac. 6ª T., REsp. 46.879/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 20.6.1994, p. 1612). Apesar dessa inegável tendência em admitir amplamente o uso da prova oral, editou o próprio STJ, em aparente colisão de entendimentos, a Súmula 149, vazada nos seguintes termos: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”.

<sup>150</sup> No direito comparado, o Código Civil italiano, em seu art. 2.721, embora também imponha limites objetivos para a admissibilidade da prova testemunhal, permite a sua utilização em casos concretos, ainda que o valor do negócio seja superior ao teto legal, considerando a qualidade das partes, a natureza do contrato e qualquer outra circunstância, percebendo a impossibilidade de vedar peremptoriamente ao cidadão determinado meio de prova, pena de impedir a defesa do próprio direito.

<sup>151</sup> Anui a esse raciocínio, ARNALDO RIZZARO. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 717.



complementar.<sup>152</sup> Saliente-se, inclusive, que essa prova que se inicia por escrito não se materializa, necessariamente, através de documentos assinados pela parte contrária, dependendo sempre do caso concreto.

Por evidente, a restrição legal de utilização da prova testemunhal não pode atingir pessoas estranhas ao contrato, apenas dirigindo-se aos negociantes, admitido ao terceiro interessado produzir prova testemunhal para evidenciar a existência do contrato e a produção de efeitos em relação a si.

Finalmente, é mister chamar a atenção para o fato de que a restrição à prova testemunhal (não fosse a sua duvidosa constitucionalidade) confina-se, unicamente, aos efeitos decorrentes do conteúdo do negócio jurídico celebrado, não atingindo qualquer outro fato, pois se refere apenas à prova do contrato.<sup>153</sup> Por isso, ilustrativamente, se se pretende provar, com testemunhas, fatos que venham a impor a um dos contratantes o dever de indenizar, independentemente do valor do negócio celebrado, admite-se prova testemunhal, quedando a restrição.<sup>154</sup>

### 19.3 O direito ao silêncio da testemunha e das próprias partes

A partir da inteligência do art. 229 do Código Civil, bem assim como dos arts. 345, 347 e 406 do Código de Processo Civil, sobreleva fazer registro ao *direito ao silêncio* das testemunhas e das próprias partes.

É certo que no campo civil, é possível a discussão acerca de um número infinito de fatos controvertidos, sobre os quais se formou a demanda. Nem todos, porém, devem ser revelados. Alguns, por estarem acobertados com reserva legal de sigilo (como, por exemplo, os dados bancários, telefônicos e fiscais). Outros, porque a sua revelação poderá expor a vida privada ou familiar da parte, da testemunha ou mesmo de um terceiro, martirizando a garantia constitucional à intimidade.

Afirma-se, então, que deverá o magistrado realizar um *juízo de ponderação*, de modo a legitimar a recusa da parte ou da testemunha de revelar fatos atinentes à sua privacidade, vida íntima familiar ou a determinados aspectos sigilosos de sua profissão.<sup>155</sup> Em relação a tais aspectos, não se pode impor a quem quer que seja o dever de apresentar esclarecimentos sobre os fatos (mesmo que inexistia regra legal de sigilo), sob pena de comprometer a fundamentalidade das garantias constitucionais.

Com igual preocupação, FREDIE DIDIER JÚNIOR corrobora da ideia: “Além das expensas hipóteses em que é garantido (definidas *a priori* como autorizantes da recusa pelo

<sup>152</sup> O Tribunal de Justiça do Amapá julgou interessante caso em que admitiu “como começo de prova por escrito, notas fiscais resultantes de compra e venda de mercadorias” (TJ/AP, Ac. Unân., Câm. Única, Ap. Cív. 61/92, Rel. Des. Mello Castro, j. 3.2.1992, *Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJ/AP* 2: 246).

<sup>153</sup> Já se decidiu que “a prova testemunhal é admissível para demonstrar a existência da obrigação de indenizar” (TA/MG, Ac. Unân., 3ª Câm. Cív., Ap. Cív. 210.974-2, Rel. Juiz Kildare Carvalho, j. 6.3.1996, *Revista de Julgados do TA/MG* 63: 132).

<sup>154</sup> Corrobora desse entendimento o Código Civil português, notadamente em seu art. 393. Do mesmo modo, JULIEN BONNECASE observa que o direito francês admite, sem restrições, a prova testemunhal para provar fatos jurídicos, inclusive ilícitos. Cf. *Tratado elemental de Derecho Civil*, op. cit., p. 946.

<sup>155</sup> Não se ignore que a proteção do segredo profissional é de tal monta relevante que, até mesmo, o Código Penal, em seu art. 154, define tipos penais para quem violar o sigilo imposto pelo exercício de sua profissão.

art. 347 do CPC e pelo art. 229 do CC), o silêncio também *é permitido em qualquer situação considerada pelo magistrado como legítima*".<sup>156</sup>

A partir de tais ideias, infere-se, com tranquilidade, a possibilidade de, em cada caso concreto, em atividade de ponderação, ser considerada lícita pelo magistrado a recusa da parte ou da testemunha de depor sobre determinados fatos, apesar de não estarem resguardados com sigilo por texto expresse de lei.

#### 19.4 A produção de prova testemunhal por meios eletrônicos

Fora da sintonia dos novos tempos, silenciou (como, aliás, ocorreu em todas as demais passagens em que se aguardava tratamento mais moderno e atual de institutos jurídicos) o Código Civil sobre a possibilidade de colheita da prova testemunhal por meios eletrônicos, como a chamada "teleconferência" ou outro meio de transmissão de imagens e voz.

Ora, com a natural evolução da tecnologia e dos meios de comunicação, impõe-se ao ordenamento jurídico acompanhar a modernidade, dotando seus operadores de recursos mais avançados que permitam otimizar os trabalhos judiciais. Admitir, pois, a coleta da prova testemunhal por meio de "teleconferência"<sup>157</sup> ou outros mecanismos de comunicação é a consequência lógica dos novos tempos, possibilitando ao juiz, aos advogados e ao representante do Ministério Público, nas causas em que estiver intervindo, assistirem ao depoimento e formularem perguntas, tendo contato mais estreito com testemunhas "de fora da terra", ou seja, que estejam em outro local, muitas vezes a milhares de quilômetros, dada a própria dimensão continental do nosso país.

Obviamente, a regulamentação dessa hipótese reclama cuidados especiais, impondo-se que o depoimento seja prestado em juízo, na presença do magistrado local, e somente tolerado em casos específicos, como na hipótese de urgência ou relevância.

#### 19.5 Depoimento de uma única testemunha como meio de prova

Malgrado o adágio *testis unus, testis nullus*, proclamado em priscas eras, especialmente no período das ordenações, a valoração da prova testemunhal não pode ser medida pelo número de testemunhos colhidos. Fundamentos outros devem ser sopesados como a coerência interna do depoimento, o conhecimento direto dos fatos ocorridos, o tempo dessa observação e, finalmente, a inexistência de falhas do testemunho, por deficiência de percepção, memorização, ignorância ou mesmo dificuldade de reprodução, carência verbal ou outro motivo relevante.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. "Direito ao silêncio no processo civil brasileiro", op. cit., p. 927.

<sup>157</sup> Notícia a *Revista Trimestral de Direito Civil* (Rio de Janeiro: Padma, v. 15, jul./set. 2003, p. 310) ter sido permitida, no dia 10.6.2003, uma sustentação oral por *videoconferência* pela Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, presidida pelo Ministro César Asfor Rocha, tendo os respectivos advogados proferido as suas manifestações a partir de Florianópolis(SC) e Curitiba(PR).

<sup>158</sup> A jurisprudência confirma esse entendimento: "O que o juiz deve considerar é o conceito e a verossimilhança do depoimento. No sistema da livre apreciação da prova, instaurado pelo Código de Processo Civil, o princípio *testis unus, testis nullus* perdeu muito o seu antigo prestígio, não se podendo dizer *a priori* que a

Dessa forma, ainda que se trate de testemunha única, se o depoimento é claro, sem discrepâncias ou vacilações, e trata-se de testemunha desimpedida (processual e materialmente), não há por que retirar valor probante. Ao revés, será suficiente para esclarecer a verdade (*rectius*, verossimilhança) dos fatos.

## 19.6 Condições de admissibilidade das testemunhas

### a) Generalidades

Há tendência em diversos ordenamentos jurídicos, como na Itália, invocando o direito constitucional de ação, em restringir o menos possível – ou não restringir – o depoimento das pessoas, deixando para o juiz a tarefa de valorar os testemunhos. O direito brasileiro, no entanto, tradicionalmente tem optado por apresentar um rol de pessoas impossibilitadas de prestar testemunho, por motivos diversos, regulando a matéria nos arts. 228 do Código Civil e 405 do Código de Processo Civil.

Embora a regra geral seja a ampla possibilidade de qualquer pessoa estranha ao processo – isto é, sem interesse na solução da lide – servir como testemunha, nem todos poderão testemunhar, em face do interesse superior de que a testemunha seja descompromissada e o seu depoimento espelhe, no máximo possível, a sua sincera percepção dos fatos relatados, evitando problemas para si mesmo, para as partes e para o juízo. Assim, exige-se, entre nós, como condições de admissibilidade da testemunha (perceba-se que não se trata de condições de admissibilidade da prova testemunhal, mas da própria testemunha), a capacidade de testemunhar, a compatibilidade com o múnus e a idoneidade da pessoa.<sup>159</sup>

É possível, pois, a inadmissibilidade da testemunha.

Ao disciplinar a matéria, a lei processual dividiu as hipóteses de inadmissibilidade do testemunho em diferentes causas: *incapacidade de testemunhar* (§ 1º do art. 405), *impedimento de testemunhar* (§ 2º do art. 405) e *suspeição de testemunhar* (§ 3º do art. 405), acaando verdadeira *gradação* da inadmissibilidade de prestar depoimento. Incapazes são aqueles que não possuem condições pessoais de esclarecer adequadamente os fatos, enquanto impedidos são os que não podem depor com a necessária imparcialidade ou isenção de ânimo, em face de objetiva motivação. Já as pessoas suspeitas de testemunhar são aquelas que não merecem credibilidade por motivos subjetivos.

O art. 228 do Código Civil não promoveu qualquer distinção entre as três diferentes hipóteses, tratando-as como sinônimas e com idênticos efeitos, sob a expressão “não podem ser admitidos como testemunhas”, criando aparente conflito entre os dispositivos.

O mencionado dispositivo, inclusive, trata de hipóteses referidas pela Lei Processual como de incapacidade (incisos I, II e III), de impedimento (inciso V) e de suspeição

prova de cada fato exija mais de uma testemunha” (TJ/SP, Ac. 5ª Câ. Cív., Rel. Des. Dantas de Freitas, RT 436: 116).

<sup>159</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 588.

(inciso IV), todas submetidas ao mesmo efeito: a inadmissibilidade do testemunho como matéria de ordem pública, devendo ser conhecida *ex officio*, independentemente de provocação do interessado. Conclui-se, então, que, no tocante apenas às hipóteses tratadas no citado artigo, não houve revogação (nem sequer parcial) do art. 405 do Código de Ritos.<sup>160</sup>

Ora, sendo a inadmissibilidade da testemunha excepcional, deve o motivo gerador estar cumprimamente provado, não bastando meras alegações. Já se afirmou, por isso, que “o requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois”.<sup>161</sup>

Logicamente, a norma *in casu* somente tem aplicabilidade em relação às testemunhas judiciais (de fato), não incidindo quanto às testemunhas instrumentárias, que cumprem, como visto, apenas, função de convalidação de determinados negócios jurídicos.

Algumas situações concretas relacionadas à admissibilidade da testemunha reclamam observações específicas.

#### ***b) A inadmissibilidade do testemunho de quem vive em união estável***

Sobreleva emprestar interpretação sistemática e constitucional ao art. 228 do Código Civil, acrescentando, no inciso V, a inadmissibilidade do testemunho do companheiro, analogicamente à vedação imposta ao cônjuge,<sup>162</sup> a partir da compreensão do art. 226 da Carta Fundamental, sob pena de quebrar a paridade do tratamento das entidades familiares.

Não se pode perder de vista que o fundamento da vedação constante no dispositivo mencionado é, sem dúvida, a *relação afetiva* existente entre as pessoas ali contempladas, interessando o respeito ao vínculo sentimental, dando a exata percepção de que o rol de pessoas inadmitidas a prestar testemunho tem de ser compreendido pelo viés afetivo, encartados nele quem vive em união estável ou em uniões homoafetivas.

A inadmissibilidade do testemunho perdura na constância da relação afetiva, desaparecendo, em princípio, quando de sua dissolução. Não se olvide, entretanto, a possibilidade de, após a ruptura, se caracterizar inimizade capital ou interesse no deslinde da causa, caracterizando outra hipótese de inadmissibilidade do depoimento (inciso IV do referido artigo).

#### ***c) A inadmissibilidade por relação de parentesco***

Em razão do parentesco, a inadmissibilidade do testemunho alcança os parentes em linha reta – ascendentes ou descendentes – ilimitadamente e os parentes colaterais até

<sup>160</sup> Também pensa assim, FREITAS CÂMARA, explicando que “todas as pessoas referidas no art. 228 do Código Civil de 2002 estão elencadas também no art. 405 do CPC, o que mostra que não há qualquer incompatibilidade entre os dois dispositivos” (*Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 420).

<sup>161</sup> STJ, Ac. 6ª T., REsp. 154.857/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26.5.1998, m. v., DJU 26.10.1998, p. 169.

<sup>162</sup> O entendimento jurisprudencial sobre a matéria já proclamou a tese, STJ, Ac. Unân., 3ª T., REsp. 81.551/TO, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.9.1997, DJU 27.10.1997, p. 54786.

o terceiro grau. Importante assinalar que, em ambas as hipóteses, o parentesco pode ser natural ou por afinidade,<sup>163</sup> inovando-se em relação à legislação processual.

A inadmissibilidade, nessa hipótese, tem fundamento no natural interesse que a pessoa possui de que o seu parente seja vitorioso na contenda, não se podendo lhe exigir um relato fiel dos fatos postos em juízo.<sup>164</sup>

#### ***d) A inadmissibilidade por interesse no litígio***

Também é inadmitido o testemunho daquele que tem interesse no litígio.

Sem dúvida, a expressão *interesse no litígio* carrega inescondível carga de subjetivismo, dada a sua fluidez e imprecisão, deixando a solução para o caso concreto.

De modo geral, é possível afirmar que o interessado no desfecho da causa é aquele em cuja esfera jurídica de interesses se produzirão efeitos, como o sócio, o cessionário de direitos, o sublocatário, o fiador etc. Exige-se, de qualquer maneira, a prova efetiva da causa concreta, real, de interesse, não sendo possível afirmar a existência de um interesse abstrato, genérico, na solução da lide.<sup>165</sup>

Nessa linha de ideias, vale afirmar que o simples fato de a testemunha ter demandado em juízo uma das partes do processo em que irá depor (fato muito comum no processo do trabalho, quando a testemunha, não raro, é ex-empregado do reclamado e contra ele já promoveu ação) não gera a inadmissão do seu testemunho, uma vez que o interesse vedado por lei é aquele individualizado, dirigido ao caso concreto.<sup>166</sup>

#### ***e) A inconstitucionalidade da inadmissão de testemunha por seus costumes***

Em homenagem e respeito ao Texto Constitucional, especialmente à dignidade da pessoa humana proclamada como o seu motor de impulsão, releva asseverar a impossibilidade de inadmitir alguém como testemunha pelos seus costumes pessoais, fulminando, por absoluta inconstitucionalidade, o inciso II do § 3º do art. 405 do Código de Processo Civil, que viola, frontalmente, a dignidade humana e a igualdade substancial proclamadas constitucionalmente.

Efetivamente, considerar os costumes de alguém como causa suficiente para lhe retirar a credibilidade constitui indevida intromissão na vida privada, inaceitável constitucionalmente.<sup>167</sup> Assim, com apoio nos princípios maiores da isonomia e da dignidade

<sup>163</sup> Essa posição foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 105: 265).

<sup>164</sup> Por isso, “verificando-se que é a testemunha filho do proprietário da reclamada, está ela impedida de prestar depoimento”, como já se decidiu (TRT – 3ª Região, Ac. Unân. 2ª T., RO 7067, Rel. Juiz Aprígio Guimarães, *Adcoas*, de 10.12.1995, nº 8.148.278).

<sup>165</sup> Exemplo concreto colhido na jurisprudência reconheceu que o membro do Conselho Fiscal de uma cooperativa, sem receber remuneração, não é impedido, podendo servir como testemunha (TRF – 4ª Região, Ac. Unân., 2ª T., Ap. Cív. 94.04.05921-8/RS, Rel. Juiz Jardim de Camargo, j. 3.4.1997, *JSTJ/TRFs* 98: 537).

<sup>166</sup> Nesse sentido, TRT – 6ª Região, Ac. Unân., 1ª T., RO 4.355/94/PE, Rel. Juiz Nélson Soares Jr., *Adcoas*, de 20.10.1995, nº 1.001.562.

<sup>167</sup> FREDIE DIDIER JÚNIOR observa que tal norma apenas “serve à intolerância e ao preconceito, dando margem ao cometimento de arbitrariedades”, lembrando mesmo que, durante o período de ditadura militar, artistas como Odair José e Luiz Ayrão foram censurados sob o argumento de que suas músicas ofendiam à moral e aos bons costumes. Cf. *Regras processuais no novo Código Civil*, op. cit., p. 69.

humana, afastam-se definitivamente as falsas ideias de que a prostituta ou o homossexual, por exemplo, não podem ser testemunhas em ação de investigação de paternidade ou em separação litigiosa.

Vale trazer à liça singular passagem jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez da lavra do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, aclamando esse entendimento: “A história das provas orais evidencia evolução no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor de engenho e o cortador de cana, o proprietário de fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San José da Costa Rica”.<sup>168</sup>

#### *f) A inadmissibilidade por amizade íntima ou inimizade capital*

Inadmite-se, ainda, como testemunha a pessoa que mantém laços íntimos de amizade ou nutre inimizade capital por um dos litigantes.

Delimite-se que somente a amizade ou inimizade capaz de alterar inconscientemente (ou mesmo conscientemente) a impressão da pessoa sobre os fatos é que permite a caracterização da suspeição, gerando a inadmissibilidade. Por isso, não é o simples rompimento da amizade, nem a pura antipatia, que configura a suspeição.<sup>169</sup>

Nessa linha de entendimento, é óbvio concluir que a amizade íntima ou inimizade capital não é presumível, devendo ser irrefutavelmente provada.

#### *g) A inadmissibilidade por cegueira ou surdez*

A inadmissibilidade do testemunho do cego e do surdo restringe-se aos fatos cujo conhecimento depender, estritamente, do sentido que lhes falta, sob pena de indevido preconceito e discriminação, o que entraria em rota de colisão com o Texto Magno.

Assim, o cego, exemplificativamente, pode prestar testemunho de um fato que, pessoalmente, ouviu, bem como daquele que teve ciência por terceiros.

#### *h) A inadmissibilidade por absoluta incapacidade*

Logicamente, os absolutamente incapazes – menores de 16 anos e aqueles que por enfermidade ou retardamento mental não tiverem discernimento para os atos da vida

<sup>168</sup> STJ, Ac. 6ª T., REsp. 154.857/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26.5.1998, m. v., DJU 26.10.1998, p. 169.

<sup>169</sup> Como entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Simples animosidade ou malquerença não pode ser considerada inimizade pessoal. Inimigo capital é o imbuído de grande ódio, o inimigo mortal”, como disse a Corte paulista (RJT/SP 64: 146).



civil –, não podendo praticar atos comuns do cotidiano jurídico, não podem, por conseguinte, prestar testemunho. É que tais pessoas não podem servir à finalidade objetivada pelo testemunho.

Distintamente, os relativamente incapazes não apenas podem – e devem, quando necessário – testemunhar, como lhes é dispensada a assistência para a prática de tal ato jurídico.

Todavia, não se olvide que o depoimento do menor de 16 anos pode ser admitido em ações relativas ao seu próprio interesse, recomendando o Estatuto da Criança e do Adolescente sua ouvida, sempre que possível (art. 28), de modo a subsidiar o juiz à prolação de uma decisão que atenda aos seus melhores e superiores interesses.

#### *i) O momento da contradita da testemunha e excepcional admissão do depoimento*

A inadmissibilidade de prestar depoimento como testemunha deve ser arguida pelo interessado através de *contradita*, apresentando a hipótese concreta de inadmissibilidade, incapacidade, suspeição ou impedimento da testemunha, a depender do caso.

A contradita deve se processar na forma do art. 414, § 1º, do Código de Processo Civil, sendo suscitada, de regra, antes do início do depoimento, na própria audiência oralmente ou por petição escrita, logo após a qualificação da testemunha, sob pena de preclusão temporal, não se admitindo a apreciação da matéria em sede recursal.

O juiz deve oportunizar à própria testemunha se manifestar sobre a contradita, além de ouvir a parte contrária e o Ministério Público, se estiver participando como fiscal da lei, decidindo de plano. Se for necessária a produção de prova, deve o magistrado permitir a quem oferece a contradita demonstrá-la cabalmente, inclusive com a juntada de documentos e inquirição de testemunhas para esse fim.

É de se admitir, contudo, a contradita após o início do depoimento se a causa de objeção à testemunha somente foi descoberta após o início do ato processual – não raro depois de já iniciado o depoimento –, desde que imediatamente à sua descoberta.

Não é demais lembrar que poderá o juiz, excepcionalmente, tomar o depoimento da testemunha inadmitida, quando necessário para a prova de fatos que somente ela conheça (parágrafo único do art. 228 da Lei Civil), mitigando o rigor da regra legal.

Exemplos frequentes dessa situação são as ações de família (guarda, separação judicial, divórcio) e as ações de Estado de modo geral, nas quais os fatos que se passam no âmbito do lar (fatos domésticos) terminam sendo conhecidos de forma muito mais precisa por pessoas impossibilitadas de depor, como os parentes próximos.

É preciso, entretanto, equilíbrio na compreensão do permissivo legal, evitando perplexidades. Com ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, poder-se-ia questionar “qual a utilidade de se colher o depoimento, como informante, de um cego ou de um surdo, quando a percepção do fato depende dos sentidos que lhes faltam? Pudessem eles depor sobre tais fatos, seriam ouvidos como testemunhas, e não como informantes. É absurda a ideia de que um cego possa depor como informante sobre o que viu, ou um surdo sobre o que ouviu!”.<sup>170</sup>

<sup>170</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 421.

Parece, assim, que a possibilidade de o juiz ouvir, como informante, pessoa não admitida ao testemunho dirige-se, basicamente, ao menor de 16 anos, especialmente em ações que tratem de seu particular interesse.

Nessa hipótese, não deve o magistrado dar o compromisso, processando o seu depoimento como mero informante do juízo, sopesando, posteriormente, o seu valor probante.<sup>171</sup>

## 19.7 A possibilidade de escusa legítima do dever de prestar testemunho

### a) Generalidades

Permite o ordenamento civil que a testemunha venha a se eximir do dever de depor em juízo para resguardar a si mesmo ou para atender ao dever de lealdade e respeito em relação a terceiros, deixando antever nítida matiz constitucional, pela íntima relação com o princípio constitucional da dignidade humana. Visa, enfim, o resguardo da ética nas relações jurídicas como um todo.

A partir da afirmação de valores mais consentâneos com a (re)personalização do Direito Civil, sem dúvida, impõe-se a todos a manutenção da boa-fé nas relações jurídicas em geral, valorizando a honestidade, a lealdade, a correção, a probidade, enfim, prestigiando a ética nas relações humanas em geral, inclusive nas relações jurídicas. Esta a arquitetura em que se modela a ordem civilista.

Aliás, o dever de sigilo é imposto, naturalmente, a determinadas pessoas que tomam conhecimento de fatos específicos em razão de sua profissão ou ocupação, sendo intuitivo o interesse em resguardá-los com o propósito de manter o equilíbrio das próprias relações sociais. Seu fundamento, pois, é deontológico.<sup>172</sup>

A confidencialidade não é uma finalidade em si mesma. Trata-se, verdadeiramente, de um caminho para a concretização da *dignidade humana* – valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro –, reconhecendo a todos uma proteção à sua intimidade e privacidade, contra possíveis revelações de fatos que lhe desabonem a vida sentimental, o estado de saúde e o próprio equilíbrio físico-psíquico. O sigilo almeja, por conseguinte, preservar interesses pessoais – tais como proteção do núcleo familiar, manutenção de relações empregatícias e contratuais, tutela do recato – que poderiam ser vulnerados com a publicidade de determinadas informações.

Nessa linha de intelecção, sobreleva destacar que a violação de um fato sigiloso ofende, frontalmente, direitos da personalidade protegidos constitucionalmente (notadamente, a intimidade e a privacidade), impondo ao agente o dever de indenizar danos extrapatrimoniais e patrimoniais, eventualmente existentes.

<sup>171</sup> Esclarece FREDIE DIDIER JÚNIOR que os depoimentos, quando necessários, das pessoas inadmitidas serão realizados “sem que se preste compromisso. Na hora do julgamento, o magistrado, de acordo com a regra que lhe confere o livre convencimento, dará aos depoimentos o valor que merecerem” (*Regras processuais no novo Código Civil*, op. cit., p. 69).

<sup>172</sup> Formulando esse raciocínio, MIGUEL KFOURI NETO. *Culpa médica e ônus da prova*, op. cit., p. 382.

***b) Momento e alcance da escusa permitida para não prestar testemunho***

É lógico que o interessado somente tem como alegar a escusa para não prestar testemunho quando se perceber nas situações narradas pelo dispositivo legal em comento. Assim, a testemunha requererá a escusa de depor por comunicação dirigida ao juiz (ao ser intimada para a audiência) se já tiver conhecimento do motivo que a caracterize, ou, já estando em juízo, durante o seu depoimento, pode alegar a escusa quando se sentir constrangida de revelar os fatos, nas hipóteses previstas em lei, através de requerimento oral, inexistindo na hipótese preclusão temporal.

O juiz, então, decidirá, após a oitiva das partes e do Ministério Público (se estiver intervindo no processo), na própria audiência, consoante determinação do art. 414, § 2º, do Código de Processo Civil.

Sobreleva acrescentar, ademais, que a pessoa pode recusar-se a depor não apenas como testemunha, mas, igualmente, como informante ou mero depoente, evidenciando grande *elasticidade* à possibilidade de recusa. É que os motivos que autorizam a escusa legítima de depor impedem a revelação de fatos, obstando que sejam afirmados em juízo, motivo pelo qual não seria crível, nem admissível, pudessem tais fatos serem apresentados em juízo sob o argumento de que o depoente está sendo ouvido “apenas” como informante do juízo, sem compromisso.

***c) Escusa legítima em razão de sigilo profissional***

É certo e incontroverso que determinadas profissões, atividades e estados exigem, em respeito a um comportamento verdadeiramente ético, fundado na necessária confiança, sigilo entre as partes envolvidas. Rico é o manancial de exemplos que podem ser citados: o médico,<sup>173</sup> o enfermeiro, o advogado, o juiz, o membro do Ministério Público, o Defensor Público, o escrivão, o religioso, o psicólogo, o terapeuta, o farmacêutico, o jornalista, dentre outros. Exatamente por isso, a Lei Maior, em seu art. 5º, XIV, assegurou o acesso às informações, respeitado o fundamental sigilo necessário ao exercício profissional.

Em suma-síntese: é possível escusar-se de prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar segredo profissional.<sup>174</sup>

Aliás, a própria legislação penal (CP, art. 154) tipifica, como crime de menor potencial ofensivo (detenção de três meses a um ano), a conduta daquele que revelar, sem justa causa, “segredo de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”, permitindo antever o interesse público existente na manutenção da ética nas relações profissionais.

No mesmo diapasão, o Código de Ética da Advocacia e o Código de Ética Médica confirmam o caráter de ordem pública da escusa legítima do advogado e do médico, respectivamente, frisando que a violação a tais deveres éticos pode ensejar sanção disciplinar.

<sup>173</sup> Sobre a possibilidade de o médico recusar-se a depor sobre assuntos que tangenciem o exercício de seu mister, TJ/RS, Ac. Unân., 7ª Câm. Cív., MS 593.089.741, Rel. Des. Alceu Binato de Moraes, j. 15.9.1993, RJTJRS 161: 237.

<sup>174</sup> Já entendeu assim o STF, Ac. Unân., Sessão Plenária, HC 71.039-5, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 7.4.1994, RF 333: 329.

#### d) *Escusa legítima do advogado*

Cuidando-se de escusa legítima apresentada por profissional regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, incide a Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, notadamente o seu art. 7º, XIX, que averba ser *direito do advogado* “recusar-se de depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoas de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”.

Frise-se, inclusive, que a escusa legítima é admitida aos advogados não somente nas causas nas quais está atuando, mas, por igual, naquelas em que sabe virá a funcionar ou que já funcionou.

Por isso, o art. 34, VII, do mesmo diploma legal, elenca a violação do sigilo profissional como infração cometida pelo profissional da advocacia.

A jurisprudência é tranquila em reconhecer o direito do advogado em não prestar depoimento em tais circunstâncias: “A intimação feita por Procurador da República a advogado para que compareça à Procuradoria da República para depor sobre fatos relacionados com demanda por ele patrocinada, representa violação ao art. 7º, inciso XIX, da Lei nº 8.906/94, art. 207 do Código de Processo Penal e art. 133 da Lei Maior. O advogado, segundo a Corte Suprema, não pode, nem deve, depor como testemunha nestas circunstâncias, em apreço ao sigilo profissional, representando, por outro lado, a cláusula ‘comparecimento sob as penas da lei’, inserta na intimação, possibilidade de condução coercitiva, com afronta – ainda que potencialmente – ao direito de ir e vir do causídico, sem instauração e observância do devido processo legal”.<sup>175</sup>

#### e) *Escusa legítima do médico*

Também o profissional da medicina está adstrito ao segredo legal, não podendo, de regra, revelar fato de que tenha conhecimento em razão de sua profissão, conforme estabelecido no art. 102 do Código de Ética Médica, em norma compartilhada pelo direito belga, francês e italiano. Aliás, remonta mesmo a Hipócrates a questão do sigilo médico, consubstanciada em importante passagem de seu juramento.

No particular do médico, a confidencialidade é dever (e, igualmente, um direito, assim como para o advogado) imposto em face da imprescindível confiança que tem de permear a relação com o paciente e perdura mesmo após a extinção da relação jurídica-contratual,<sup>176</sup> considerado o seu caráter eminentemente ético. Assim, a revelação de dados do ex-paciente pode gerar a responsabilização civil, penal e funcional do profissional.

Ressalte-se, por importante, não se confundir *segredo médico* com *segredo hospitalar*, apesar de ambos estarem tutelados juridicamente. Aquele (o segredo médico) é o sigilo

<sup>175</sup> TRF – 1ª Região, Ac. Unân., 3ª T., HC 96.01.03723-4/MG, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, DJU 14.8.1996. Com o mesmo senso: “Constitui prerrogativa do advogado a recusa a depor como testemunha em processo no qual deva funcionar ou sobre fato relacionado com pessoa de quem é advogado. Trata-se do exercício profissional assegurado pelo art. 133 da CF e pelo art. 7º, incisos I, VI, letras c e d, XII e XIX, do Estatuto da Advocacia” (TJ/PR, Ac. Unân., Órgão Especial, MS 42.307-4, Rel. Des. Ronald Accioly, j. 16.2.1996, *Adcoas*, de 11.10.1996, nº 8.151.836).

<sup>176</sup> Comungando com essas ideias, KFOURI NETO. *Responsabilidade civil do médico*, op. cit., p. 186.

imposto aos profissionais da medicina por fatos que tomem conhecimento na sua atividade de assistência à saúde de outrem. Este (o segredo hospitalar) é mais amplo, atingindo outras pessoas, além dos médicos, como enfermeiros, auxiliares, fisioterapeutas, psicólogos, além daqueles que trabalhem na administração ou contabilidade do estabelecimento e, eventualmente, por conta de sua atividade ou função, tomem conhecimento de informações que não devem ser reveladas. Caracteriza, também, o segredo hospitalar a preservação dos prontuários e arquivos médicos, contendo relatos sobre os pacientes.

Por isso, é constrangimento ilegal exigir de clínicas ou hospitais a revelação de dados sigilosos a respeito de seus pacientes.

Como o art. 107 do Código de Ética Médica impõe ao médico o dever de orientar seus auxiliares, eventualmente, poderá ele ser responsabilizado pela quebra do sigilo hospitalar, provada a sua culpa.

A escusa legítima do médico deve ser alegada em juízo, perante a autoridade judiciária, no dia e horário designados previamente para a audiência, não podendo ele deixar de comparecer ao ato processual por conta do segredo que lhe é imposto, sob pena de condução coercitiva e eventual prática de crime de desobediência (CP, art. 330).

Releva, outrossim, mencionar a *relatividade do sigilo médico*, admitida a sua quebra em situações excepcionais, nas quais se justifique a revelação das informações, a partir de um juízo de ponderação dos interesses em disputa, para a salvaguarda de valores hierarquicamente superiores. É o exemplo da revelação de violência ou maus tratos em menores (cuja proteção integral e prioridade absoluta são pilares do sistema jurídico pátrio – CF, art. 227, e ECA, arts. 1º e 4º) ou mesmo da prática de aborto.

Trata-se de mais um exemplo de aplicação do princípio da proporcionalidade, sopeando os interesses conflitantes, de modo a averiguar de que modo se preserva, mais amplamente, a dignidade humana. Tem-se, portanto, como finalidade da confidencialidade médica o resguardo de interesses individuais que, todavia, não podem se sobrepor a interesses outros, individuais ou coletivos, de maior magnitude, assim entendidos em juízo de ponderação.<sup>177</sup> Aliás, o próprio juramento de Hipócrates já obtemperava não dever o médico revelar o fato “que não seja necessário”, evidenciando um cunho filosófico na ponderação em tela.

É intuitivo, ademais, ser possível a quebra da confidencialidade médica quando favorecer ao próprio paciente, como em hipóteses nas quais se mostre benéfico revelar o fato aos familiares.<sup>178</sup>

Por conseguinte, o “sigilo médico, embora não tenha caráter absoluto, deve ser tratado com a maior delicadeza, só podendo ser quebrado em hipóteses muito especiais”, como percebeu, com sensibilidade, a Corte Suprema (RTJ 101: 676).

<sup>177</sup> Admite-se, pois, a quebra de sigilo profissional do médico, com a entrega de prontuário do paciente quando “fundada em justa causa”, sendo necessária “ao justo equacionamento da lide”, como já cimentado em jurisprudência (2ª TACív. SP, Ac. 3ª Câmara, Agr. Instr. 526199-00/3, Rel. Juiz Milton Sanseverino, j. 11.8.1998, RT 760: 295).

<sup>178</sup> Mais uma vez, vale remeter à consagrada obra de MIGUEL KFOURI NETO. *Culpa médica e ônus da prova*, op. cit., p. 387.

Vale destacar que o segredo médico diz respeito a terceiros, não podendo o profissional guardar confidencialidade ao próprio paciente. Ao revés, este tem direito ao conhecimento de todas as informações possíveis acerca de seu estado, inclusive para que, eventualmente, venha a consentir com o tratamento adequado.

#### f) A questão do sigilo bancário

Apesar das semelhanças que se intui, não há que se confundir a escusa com esteio no segredo profissional com o sigilo bancário, estabelecido no art. 38 da Lei Complementar nº 4.595/64, que regulamenta o sistema financeiro nacional.

Com efeito, a proteção e resguardo das operações bancárias (o chamado *sigilo bancário*) – especialmente na sociedade contemporânea, na qual as instituições bancárias são, praticamente, onipresentes – é consequência lógica da segurança negocial, da necessidade dos bancos de obterem dados e informações de seus clientes e da circulação de riquezas, constituindo verdadeira garantia pessoal, em razão da possibilidade de explicitar a vida íntima do próprio correntista. Tutela-se, assim, fundamentalmente, a *intimidade* e a *privacidade* do titular da conta, elevada tal proteção à altitude constitucional pelos incisos X e XII do art. 5º da *Lex Mater*.

Não se olvide, no entanto, a *relatividade* do sigilo bancário, sendo lícito afastá-lo em situações específicas, nas quais estejam em colisão valores jurídicos mais relevantes, com a incidência do princípio da ponderação dos interesses.

Assim, a quebra de sigilo bancário envolve verdadeiro juízo de ponderação entre o interesse público na produção da prova visada e as garantias constitucionais do sigilo e privacidade. Não se pode, bem por isso, conferir caráter absoluto ao sigilo bancário, em face da incompatibilidade com a própria ordem constitucional que o assegura, sendo mister considerar os valores em colisão no caso concreto, para sopesá-los assegurando a dignidade do homem.

Destaque merecido deve ser creditado, outrossim, à impossibilidade de quebra de sigilo bancário sem intervenção judicial (STJ, RT 710: 184), em face da sua dimensão constitucional, excluindo a possibilidade de quebra do sigilo bancário diretamente pelo Ministério Público, como já o fez o Supremo Tribunal Federal.<sup>179</sup>

Todavia, releva salientar não ser necessário ao *Parquet* pleitear junto ao Judiciário a quebra de sigilo bancário para ter acesso às movimentações financeiras de recursos públicos, uma vez que não é possível alegar privacidade ou intimidade em relação a estes,<sup>180</sup> sendo lícito requisitar os dados referentes a tais contas diretamente às entidades bancárias ou ao Banco Central do Brasil.

Lembre-se, por derradeiro, com espedeque na Lei Complementar nº 105/01, não ser possível opor o sigilo bancário ao Banco Central do Brasil, em sua atividade fiscalizadora, bem como às Comissões de Valores Mobiliários – CVMs, estas no que pertine às operações e serviços no mercado de valores mobiliários. Outrossim, também

<sup>179</sup> STF, Inquérito nº 908-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 10.10.1994, p. 27043.

<sup>180</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação dos interesses na Constituição Federal*, op. cit., p. 191.



se permite fornecer informações acobertadas por sigilo bancário ao Poder Legislativo (através de suas CPIs, por exemplo, desde que a requisição tenha sido aprovada pelo Plenário da Casa Legislativa Federal) e ao Poder Executivo (através do Fisco, seja ele federal, estadual ou municipal, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais informações sejam indispensáveis para a conclusão dos mesmos).

Naturalmente, quem obtiver acesso a informações bancárias protegidas por sigilo responde civil, administrativa e criminalmente pelo uso indevido de tais informações.

#### **g) *Escusa legítima por segredo de Estado***

Ressalte-se que o sigilo também é imposto aos agentes públicos (no mais amplo sentido da expressão) relativamente aos segredos de Estado, como reza o art. 5º da Lei nº 1.079/50, chegando mesmo a tipificar criminalmente a conduta de quem revela “negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação”.

#### **h) *Escusa legítima para evitar desonra do núcleo familiar***

Confere-se, identicamente, o direito de não prestar depoimento quando o fato a ser relatado (direta ou indiretamente) puder causar desonra no próprio depoente, em seu cônjuge ou companheiro, em parente de grau sucessível (por conseguinte, ascendentes ou descendentes ilimitadamente ou colaterais até o quarto grau) ou em amigo íntimo, conforme o caso concreto.

Louvável, sem dúvida, a extensão da possibilidade de escusa legítima por força de amizade, denotando a necessária ética permeando as relações jurídicas em geral.

Trata-se de *faculdade* reconhecida à testemunha e não uma proibição: pode-se deixar de depor, quando o seu testemunho tiver potencialidade de gerar desonra, expondo ao escárnio a si mesmo ou às pessoas referidas. Tal situação pode ser caracterizada em processos que digam respeito a fatos envolvendo prostituição,<sup>181</sup> preferências sexuais ou religiosas etc.

#### **i) *Escusa legítima para afastar perigo de vida, de demanda ou de dano ao depoente***

Com o propósito de assegurar a integridade física e psíquica do depoente e das pessoas a ele ligadas afetivamente, também se autoriza a escusa legítima para afastar perigo de vida, de perda da demanda ou de prejuízo concreto.

Conquanto tenha sido silente o legislador civilista, fruto de absoluta falta de atualização e cuidado, utilizando-se um simples exercício de hermenêutica constitucional, é fatal concluir que, embora não conste no texto expresso de lei, o *companheiro* também está enquadrado nas latitudes dos incisos II e III do art. 229 do Estatuto Substantivo Civil.

Importante realçar, com cores nítidas, que o art. 226 da Carta Maior, notadamente em seu *caput*, confere *especial proteção do estado à família*, não promovendo qualquer

<sup>181</sup> O exemplo é construído por ARNALDO RIZZARDO. *Parte Geral do Código Civil*, op. cit., p. 713.

distinção entre os diferentes tipos de núcleos familiares. Por isso, feriria a opção constitucional retirar a possibilidade de se escusar do testemunho para evitar a desonra ou perigo de vida ao companheiro.

É fatal, por conseguinte, promover uma interpretação construtiva no sentido de admitir a inserção da escusa legítima em razão de proteção do companheiro, seja para evitar sua desonra, seja para evitar perigo de vida.

Extraí-se, facilmente, da norma legal em análise não ser cabível a alegação de escusa legítima em favor de parente por afinidade, revogada a disposição anterior sobre o tema.

## REFERÊNCIAS



- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995.
- AGUIAR, Mônica. Balizas para a criação judicial do direito em face da Lei de Introdução ao Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *A penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 15, Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2003.
- \_\_\_\_\_. O instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na teoria clássica da relação jurídica obrigacional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Jus PODIVM, 2007.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. A situação jurídica de pessoas que vivem sozinhas. *Revista Brasileira de Direito de Família – RBDFam*, nº 11, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, out./dez. 2001.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Reflexões iniciais sobre um profundo equívoco legislativo – ou de como o art. 3º da Lei 11.280/06 subverteu de forma atécnica e desnecessária a estrutura da prescrição no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, nº 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Gabriela Lopes de. Direito de recusa a tratamento transfusional em face de convicção religiosa como garantia constitucional. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. Violação do direito à honra no mundo virtual: a (ir)responsabilidade civil dos prestadores de serviço da internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALMEIDA, Renato Franco de. O Ministério Público, o Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003.
- ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVES, Jones Figueiredo. A teoria do adimplemento substancial (*substancial performance*) do negócio jurídico como elemento impeditivo ao direito de resolução do contrato. In: FARIAS,

Cristiano Chaves de (Coord.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: JusPODIVM, 2007.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALVIM, Eduardo. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *RT*, v. 711, São Paulo: Revista dos Tribunais, out. 1997.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – o momento em que se opera a inversão e outras questões. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2003.

ARAI, Rubens Hideo. Da ausência. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARCE Y FLOREZ VALDEZ, Joaquín. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JÚNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARRUDA ALVIM. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e Teoria geral*. Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 1997. v. I.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contratos nominados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Aurea Christine. Homologação de sentença estrangeira meramente declaratória do estado das pessoas (a propósito do art. 15, parágrafo único, da LICC). *Revista de Processo – RePro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111, jul./set. 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.

\_\_\_\_\_. Do bem de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito civil: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. I.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. *Revista eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, nº 17, jan./mar. 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, nº 9, jan./mar. 2002.
- BARBOSA, Mário Figueiredo. Personalidade civil (e as doutrinas natalista e concepcionista). *Jornal A Tarde*, Salvador, 22 dez. 2001.
- BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- \_\_\_\_\_. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, nº 4, Salvador: CAJ, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas, *RT*, v. 787, p. 493-507, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2001.
- BASTOS, Eduardo Lessa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1994.

BEDAQUE, José Roberto Santos. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: RED Livros, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Da lesão no direito brasileiro atual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_. *Contornos atuais do direito do autor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BLUM, Renato M. S. Oppice; ABRUSIO, Juliana Canha. Direito autoral eletrônico. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Org.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Fundação Getúlio Vargas, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BONNECASE, Julien. *Tratado elemental de derecho civil*. México: Harla, 1997. t. II.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORDA, Guillermo Julio. *La persona jurídica y el corrimiento del velo societário*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BRAGA NETTO, Felipe P. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, nº 37, jul./dez. 2010.
- CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. *Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais: uma visão interdisciplinar*. Itaperuna: Hoffman, 2011.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 6.
- CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Fraudes contra credores*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. Dos bens. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. I e II.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. II.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. I.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1960. v. I.
- CARLI, Ana Alice de. *Bem de família do fiador e o direito humano fundamental à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARNACCIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil – Parte Geral: institutos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.
- CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Constituição das leis do trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Afrânio de. *Instituições de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino. Das cláusulas restritivas da legítima. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família – primeira série*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino. *A lesão consumerista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil: questões fundamentais e controvérsias na Parte Geral, no direito de família e no direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_.; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*. Curitiba: Juruá, 2002. v. I.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2005.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Negócio de acerto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.

CLARO, Carlos Ducci. *Derecho civil: parte general*. 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação judicial de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, Pedro Oliveira da. O bem de família na jurisprudência do STJ. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 3, Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: a tutela penal do direito à intimidade*. 4. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. *Dívidas condominiais e bem de família no sistema jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Alexandre dos Santos. “Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil”. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

- CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Nulidade do contrato de trabalho e o novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). São Paulo: LTr, 2003.
- DANTAS, Raimundo Nonato de Alencar; DANTAS NETO, Afonso Tavares. *Curatela*. Fortaleza: Public, 2001.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *O direito de vizinhança*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, Descodificação, Recodificação do Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem: aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999.
- DIAS, Jacqueline Sarmento. *O direito à imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- DICKSTEIN, Marcelo. *A boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: surrectio e supressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito ao silêncio no processo civil brasileiro*. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JÚNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 5.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Direito das fundações privadas: teoria geral e exercício de atividades econômicas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A desconsideração da personalidade jurídica. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito civil: LICC e Parte Geral*. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A “reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios, *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 324, out. 2004.

\_\_\_\_\_. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 41, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. Redescobrimdo as fronteiras do direito civil: uma viagem na proteção da dignidade humana, *Jornal A Tarde*, Salvador, 14.11.2002.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Edílson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Fórum Administrativo: direito público*, nº 80, Belo Horizonte: Fórum, out. 2007.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1991.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. *Espaço jurídico vazio e a tutela da intimidade*. Curitiba: Juruá, 2008.



- FERREIRA, Flávio Henrique Silva. Direitos da personalidade: conteúdo e sistematização. *Revista de Direito Privado*, v. 39, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2009.
- FIGUEIREDO, Antonio Borges de; MARTINS, Alan. *Prescrição e decadência no direito civil*. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Direito civil: parte geral*. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- FIÚZA, César. *Novo Direito Civil: curso completo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FONSECA, Antonio Lima da. *O Código Civil e o novo direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FREITAS, Douglas Phillips. *Alimentos gravídicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I. \_\_\_\_\_. *Novo curso de direito civil: contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. IV, t. 2.
- GARCEZ, Martinho. *Das nulidades do ato jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: Código comentado e jurisprudência*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho civil: parte general*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- GHIGNONE, Luciano Taques. *Novo Código Civil*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso básico de direito civil: Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002 e 2003.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. A prova dinâmica no direito de família. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, nº 11, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ago./set. 2009.
- GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. A confissão ficta como presunção relativa. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JÚNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (Coord.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOLDSCHMIDT, Guilherme. *A penhora on-line no direito processual brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GOMES, José Jairo. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GOMES, Orlando. *A caminho dos microssistemas. Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: Parte Geral (sinopses jurídicas)*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Sinopses jurídicas – direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- \_\_\_\_\_. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. VI.
- GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Curitiba: Juruá, 2004.
- GUERRA JÚNIOR, Celso Souza. *Negócios jurídicos: à luz de um novo sistema de direito privado*. Curitiba: Juruá, 2005.
- GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor: aspectos processuais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GUSMÃO, Mônica. *Lições de direito empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima. *Comentários à Lei de licitações e contratações do estado da Bahia*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KALICHSZTEIN, Juliana. *Homologação de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KONDER, Carlos Nelson. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 7, Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2001.
- \_\_\_\_\_. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 15, Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2003.
- KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- LEAL, Ana Paula de Almeida Lima. A redefinição do bem de família. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora. *A família na contemporaneidade: aspectos jurídicos*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2007.
- LEAL, Joaquim Maurício da Motta. Assistência judiciária gratuita a pessoas jurídicas. *Jornal A Tarde*, Salvador, 2004.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*, Barueri: Manole, 2003.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Salve-a, que lhe prometo meu patrimônio! A figura do estado de perigo dentro da perspectiva do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002.
- LEMOS FILHO, Flávio Pimentel. *Direito potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEWICKI, Bruno. O domicílio no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 47, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2003.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LINS, Daniela Storry. *Aspectos polêmicos atuais da desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Antitruste*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 6, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2001.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil comentado: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fraude à execução. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 5, Porto Alegre: Síntese, maio/jun. 2000.
- LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- MACIEL, Fernando Antônio Barbosa. *Capacidade e entes não personificados*. Curitiba: Juruá, 2001.
- MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito de família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *A LICC e o Código civil de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. t. I e II, v. 5.
- \_\_\_\_\_. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Eduardo Ortega. Os delitos contra a flora e a fauna. *Direito penal administrativo*. Granada: Comares, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, Irena Carneiro. A limitação da responsabilidade moderna e contemporaneamente: sua relevância para o direito e para a economia no Brasil. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GONÇALVES, Oksandro (Coord.). *Revista de Direito Empresarial*, nº 9, Curitiba: Juruá, jan./jun. 2008.
- MARTINS, Marcelo Guerra. *Lesão contratual no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MATTIETTO, Leonardo. Invalidade dos atos e negócios jurídicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Org.). *Diálogos sobre direito civil – construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. A representação voluntária e o negócio jurídico de procuração. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 4, Rio de Janeiro: Padma, out./dez. 2000.
- MAZZEI, Rodrigo et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional Público: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- MEIRELES, Edílton. *O novo Código Civil e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Legitimidade na execução*. São Paulo: LTr, 2001.
- MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade: “mãe de aluguel”*. Curitiba: Gênese, 1998.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MELO, Ângelo Braga Netto Rodrigues de. *Modificações na Parte Geral do novo CCB: das pessoas e dos bens*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 2 mar. 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MIGLIORI, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTr, 2009.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MODESTO, Paloma Santana. A eficácia dos direitos humanos fundamentais nas relações jurídicas privadas, *Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado*, Salvador: Faculdades Jorge Amado, nº 1, 2002.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: Parte Geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. Sobre o nome da pessoa humana. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 3, nº 12, Rio de Janeiro: s/ed., 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, Luiz Roberto Curado. A problemática do dano à imagem. Disponível em: <[http://www.oab-go.com.br/revista/52/juridico\\_52.html](http://www.oab-go.com.br/revista/52/juridico_52.html)>.

MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

———. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei nº 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional – Caderno 1*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os bens. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (Coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcellos. *Abuso no exercício do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação civil em vigor*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERO, João Alberto Schützer Del. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NERY, Rosa Maria Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

———. Preservação do direito ao domicílio. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

———. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

———. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Prescrição e decadência no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. *Prescrição e decadência no Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



NEVES, José Roberto de Castro. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Simone Lahorgue. Notas sobre o plágio de obra literária e institutos afins. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 39, Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Santos de. Da prova do negócio jurídico. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? – compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Direito civil: introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. I.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. 2.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Luiz Duarte de. Da prescrição das ações em face da Fazenda Pública e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PACHECO, José da Silva. Da prescrição, em face do novo Código Civil e da sua inaplicabilidade aos créditos tributários, *ADV/COAD – Informativo Advocacia Dinâmica*, 36: 03, set. 2003.

PAES, José Eduardo Sabó. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 4. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PANTOJA, Teresa Cristina G. Anotações sobre as pessoas jurídicas. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PARIZATTO, João Roberto. *Fraude de execução. Fraude contra credores*. 2. ed. Ouro Fino: Edipa, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Ézio Luiz. *Alteração do prenome: exame à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. Leme: Edijur, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O débito e o crédito conjugal. *Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, nº 15, jun./jul. 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERRI, Cláudia Haidamus. Direito ao débito conjugal – um direito da personalidade. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2000.

PIERRI, Deborah. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil e o papel do Ministério Público. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial, 2004.

PIERRO JÚNIOR, Miguel Thomaz. A prescrição administrativa e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra editora, 1994. v. I.

PIRES, Fernanda Ivo. *A lesão no Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Derecho civil (parte A)*. México: Harla, 1997. v. 3.

PORTO, Tarcisa Araceli Marques. *A ausência no novo Código Civil*. Leme: SRS editora, 2008.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. A prescrição no novo Código Civil e a ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho civil: Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 2003 e 2004.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESENDE, Tomás de Aquino. As fundações e sua disciplina no novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.). *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo/Imprensa Oficial, 2004.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Alimentos para o nascituro: tutela do direito à vida*. Curitiba: Juruá, 2011.

- RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROSA, Pedro Henrique de Miranda. *Direito civil: Parte Geral e Teoria Geral das Obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ROSENVALD, Nelson. Prescrição: da exceção à objeção. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: JusPO-DIVM, 2007.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A lesão nos contratos e a nova codificação civil brasileira: uma análise crítica a partir do princípio da justiça contratual, *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 15, Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2003.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- SAHM, Regina. *Direito à imagem no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SALAMANCHA, José Eli. *Fraude à execução: direitos do credor e do adquirente de boa-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Direito intertemporal e o novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em direito civil*. São Paulo: Lejus, 1999.
- SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bens de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. IV.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil constitucional em concreto*. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- \_\_\_\_\_. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICS, Severo. *O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHEREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. ———. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

———. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SÉGUIN, Elida. *Biodireito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

———. ———. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SGARBI, Adrian. O significado de “Direito”: observações a respeito de uma pergunta embaraçosa. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação. *Revista de Direito Privado*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2000.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. *A pessoa pública e o seu direito de imagem*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA NETTO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva & o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. Salvador: JusPO-DIVM, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTCD*, v. 13, Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003.
- SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, Wagner Mota Alves de. *A teoria dos atos próprios: da proibição de venire contra factum proprium*. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- STANCIOLI, Brunello Souza. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TALAMINE, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: lei de introdução e Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2009.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006.
- TAVARES, Patrícia Silveira. Do bem de família. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord. geral). *O novo Código Civil: do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira, *Studia Iuridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº 48, Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.
- \_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. I e II.

\_\_\_\_\_. A função do juiz no comando do processo. *Revista Brasileira de Direito de Família – RB-DFam*, nº 3, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 1999.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 39. ed. Pádova: Cedam, 1999.

TRIGINELLI, Wania do Carmo de Carvalho. *Conversão de negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VELOSO, Alberto Júnior. *Simulação: aspectos gerais e diferenciados à luz do Código Civil de 2002*. Curitiba: Juruá, 2004.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Belém: Unama, 2005.

\_\_\_\_\_. Novo casamento do cônjuge do ausente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 23, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, abr./maio 2004.

\_\_\_\_\_. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANA, Patrícia Guerrieri Barbosa. *Dano moral à pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VIDE, Carlos Rogel; DRUMMOND, Victor. *Manual de direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLELA, João Batista. O novo Código Civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico. *Roma e America: diritto romano comune*. Modena: Mucchi, 2003. v. 16.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

WELTER, Belmiro Pedro. *Fraude de execução*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

XAVIER, José Tadeu Neves. Reflexões sobre a empresa individual de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Privado – RDPr*, nº 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2013.

ZANETTI, Fátima. *A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral*. São Paulo: LTr, 2009.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.



# CURSO DE DIREITO CIVIL | PARTE GERAL E LINDB

## 1

O *Curso de Direito Civil* escrito, cuidadosamente, a quatro mãos por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, publicado pela Editora Atlas, é composto por 7 volumes, cobrindo de forma didática e sistemática todos os segmentos e modelos jurídicos do direito privado brasileiro contemporâneo.

Os autores se servem de uma sólida formação acadêmica, aliada à longa experiência no magistério, inclusive na preparação para concursos públicos, e à prática diuturna no Ministério Público, para apresentar à comunidade jurídica uma substancial e verticalizada análise do Direito Civil da contemporaneidade. Sem perder a estrutura sistematizada dos clássicos manuais, inovam consideravelmente por apresentar uma visão constitucionalizada do Direito Civil, preocupada com a dignidade humana e a solidariedade social. Renova-se, assim, a clássica civilística, aproximando o Direito e a realidade.

Esgrimindo uma obra voltada ao hoje e ao porvir, tem-se como norte a concretização de uma doutrina do Direito Civil em interpretação conforme a Constituição, conferindo cores, tons e matizes atuais aos institutos do Direito Privado, como o contrato, a propriedade e a família.

Desde o estudo da teoria geral até o livro das sucessões, é honrado o compromisso de (re)visitar as regras do Código Civil e das leis civis especiais, adequando-as aos princípios constitucionais e direitos fundamentais que as condicionam e legitimam.

O estudante e o estudioso perceberão o esmero na abordagem dos temas, a firme intervenção nas grandes controvérsias, bem como o cuidado em relacionar os institutos do Direito Civil com as normas de processo civil que o instrumentalizam e lhe deferem efetividade.

Para materializar esses estudos de alto nível, servem-se os autores de uma rica doutrina nacional e estrangeira e da atualizada legislação, além da mais recente jurisprudência dos tribunais superiores, demonstrando as latitudes e longitudes práticas e teóricas da matéria.

Com essa completude, as relações jurídicas patrimoniais e existenciais são alvo de densa reflexão, sem olvidar a percepção da inserção jurídica no terreno da cultura, através de adequada linguagem dirigida ao seu destinatário, o cidadão comum. Bem por isso, se é certo que “aquele que só direito sabe, nem direito sabe”, nos limites do possível, efetua-se um diálogo interdisciplinar com outros ramos do conhecimento, situando o Direito Civil como o espaço de excelência do ordenamento para compreender a “vida como ela é”, como percebia Nelson Rodrigues.

Enfim, uma obra voltada a conferir mais vida ao Direito e mais direito à vida.

## APLICAÇÃO

Livro-texto para disciplinas de Direito Civil dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Obra de referência e consulta para estudantes e profissionais do Direito, especialmente os que militam na área cível.